

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

DES
ACTES DE GOUVERNEMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

J. FABRE



MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

—
1908

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Margat, professeur de Droit civil.

Perreau, professeur de Procédure civile.

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur d'Economie politique.

Barthélemy, agrégé, chargé d'un cours de Droit constitutionnel

Giffard, chargé du cours d'Histoire générale du Droit (licence) et de l'Histoire du droit public français (doctorat).

N...., chargé du cours de Droit Civil approfondi.

Bridrey, agrégé, chargé du cours de Droit romain.

Nogaro, agrégé, chargé du cours d'Economie politique.

Glaize, professeur honoraire.

Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Brémond, président.

Moye,

Barthélemy,

} assesseurs.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER. — FACULTÉ DE DROIT

DES
ACTES DE GOUVERNEMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

J. FABRE



MONTPELLIER

IMPRIMERIE GUSTAVE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

1908

A MA MÈRE

A MA FEMME

A MA SOEUR, A MON FRÈRE

J. FABRE.

MEIS ET AMICIS

J. FABRE.

DES ACTES DE GOUVERNEMENT

INTRODUCTION

Le mot gouvernement est employé dans plusieurs sens, soit dans le langage vulgaire, soit dans les textes de notre droit. Il sert à désigner parfois le pouvoir central par opposition aux administrations locales. Dans une autre acception, il désigne le pouvoir exécutif par opposition au pouvoir législatif ; c'est en ce sens qu'on parle d'interpeller le gouvernement, de renverser le gouvernement, etc. D'autres fois, il désigne l'ensemble des pouvoirs publics : c'est en ce sens qu'on dit : gouvernement parlementaire, gouvernement monarchique ou républicain, etc., c'est en ce sens qu'il paraît être pris dans la constitution de 1852.

La théorie qui va faire l'objet de cette étude, désigne par ce mot : *gouvernement*, diverses fonctions du pouvoir exécutif par opposition aux fonctions administratives de ce même pouvoir, ce qui

revient à dire qu'elle est basée sur une distinction entre le gouvernement et l'administration.

Qu'est-ce qu'un acte de gouvernement, quel est le critérium qui permet de distinguer l'acte gouvernemental de l'acte administratif, quel régime lui est applicable ? Ce sont là autant de questions que, nous le verrons, les partisans de la théorie de l'acte gouvernemental n'ont pu résoudre dans un sens uniforme.

Nous essaierons de démontrer que rien, dans les textes fondamentaux de notre droit, ne nous permet de considérer comme exacte cette prétendue distinction entre le gouvernement et l'administration ; que cette distinction ne peut résulter de textes spéciaux et, en particulier, de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 ; et qu'enfin elle ne peut invoquer à son appui l'unité d'opinion de la Doctrine et de la Jurisprudence.

Nous verrons, pour terminer, en examinant un à un les actes de gouvernement, qu'il est inutile de déroger en leur faveur aux règles ordinaires du contentieux administratif. Tout comme les actes administratifs, ces actes seront, dans certains cas, soustraits aux recours contentieux, mais la raison que nous donnerons de cette absence de recours, nous l'emprunterons non au caractère gouvernemental de ces actes, mais aux principes de notre droit administratif.

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT

On peut grouper en deux catégories les diverses définitions qui ont été données de l'acte de gouvernement. Les uns admettent que le caractère gouvernemental des actes dépend du but visé par leurs auteurs, les autres le font découler de la nature de l'acte lui-même.

I. — THÉORIE DITE DU MOBILE

« Ce qui fait l'acte de gouvernement, dit M. Dufour, c'est le but que se propose son auteur. L'acte qui a pour but de défendre la société prise en elle-même ou personnifiée dans le gouvernement contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement... Le chef de l'Etat, dans la sphère de ces mesures suprêmes, n'a ni contrôle à subir, ni assistance à demander. Sa force est dans l'autorité

dont il est investi comme souverain ; il se suffit à lui-même et son frein est dans l'autorité gouvernementale ; les citoyens n'ont de protection à chercher que dans la garantie constitutionnelle. » (1)

Cette théorie a un sérieux mérite : celui d'offrir une grande netteté : tel acte est-il inspiré par des motifs politiques, c'est un acte de gouvernement, par suite ne relevant que de son auteur.

On comprend facilement à combien d'abus de pouvoir peut conduire une pareille théorie : toutes les fois que le gouvernement voudra se soustraire au contrôle des tribunaux, il déclarera qu'il a agi pour se défendre ou pour défendre la société, et cela parfois, malgré qu'il en résulte une violation de certains droits privés.

Dangereuse théorie, dirons-nous, qui laisse le dernier mot à l'arbitrage gouvernemental sous le couvert de la raison d'Etat. « La raison d'Etat, dit M. Henry Michel, autorise le prince à employer la ruse et le mensonge dans les relations internationales et dans ses relations avec ses sujets, à regarder comme licite tout ce qui est favorable au gouvernement. Le triomphe de la raison d'Etat,

(1) Droit administratif, t. IV, p. 600.

qu'est-ce autre chose que l'éviction de la morale hors du domaine de la politique ? » (1)

« Qu'à certaines époques de crise, ajoute M. Michoud, il soit nécessaire qu'il existe un tel pouvoir, — de son vrai nom, la dictature, — je ne le conteste pas ; mais ce qu'il n'est pas possible d'admettre, c'est que ce soit là une arme mise normalement entre les mains d'un gouvernement régulier et que l'on transforme ainsi en thèse juridique applicable au train ordinaire de la vie ce qui doit rester une redoutable exception. » (2)

On devine aisément combien d'injustices on aurait à signaler sous un gouvernement qui n'aurait de comptes à rendre à personne. Le danger est moindre assurément sous un gouvernement parlementaire tel que le nôtre, avec une assez forte organisation de la responsabilité ministérielle, avec la liberté de la presse, le droit de réunion et de pétition. Mais ce n'est cependant pas suffisant, car les Chambres sont des assemblées politiques, qui feront toujours passer un intérêt politique aussi considérable que celui de la stabilité gouvernementale, avant la protection due aux droits des particuliers, et si un particulier venait à se plain-

(1) Henri Michel. — *De l'idée de l'Etat*. Paris, Hachette 1896. Introduction p. 6.

(2) Michoud. — *Des actes de Gouvernement*. Broc, Grenoble, 1889.

dre de la violation d'un de ses droits, la majorité de la Chambre, alors même qu'elle reconnaîtrait la juste protestation de l'intéressé, n'ira pas renverser un ministère qui a sa confiance, sur une pareille question.

Cette théorie du mobile avait déjà été formulée devant l'assemblée législative, par M. Vivien, rapporteur de la loi organique du 3 mars 1849. (Rapport de M. Vivien, Dalloz, 1849, 4, p. 73-77 ; Discussion art. 47, D., 1849, 4, p. 83.)

M. Vivien, dans la discussion de l'article 47 nous dit : « La loi établit un recours indispensable et sans lequel la juridiction conférée à la section du contentieux eût été pleine de périls. En effet, la définition du contentieux proprement dit n'est pas toujours facile. Nous avons dit qu'il naissait au moment où un droit est méconnu. Mais la limite qui sépare les droits des intérêts n'est pas toujours certaine. D'ailleurs, il est même des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours, par la voie contentieuse. Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de la responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique ; les rendre justiciables du tribunal administratif, ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'État un pouvoir nou-

veau qui menacerait tous les autres. Les mesures de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques, ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif, bien que les droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque. »

Cette théorie a été en faveur auprès du gouvernement, sous la Restauration, la Monarchie de Juillet et sous le second Empire, pour justifier les diverses mesures prises principalement contre les membres des dynasties déchues.

Le sieur Laffitte, cessionnaire de la princesse Borghèse, réclamait les arrérages d'une pension de 670.000 francs, concédée par Napoléon à cette princesse, à titre de dotation, arrérages qui s'élevaient à la somme de 1.480.102 francs.

Cette réclamation fut rejetée par une décision adoptée en conseil des ministres et ainsi conçue : « La disposition de la loi politique du 12 janvier 1816, qui porte que les membres de la famille Bonaparte ne pourront jouir en France d'aucun droit civil, y posséder aucun bien, titre, pension à eux accordés à titre gratuit, est générale ; elle ne distingue pas les fonds des dotations gratuites de leurs fruits non perçus, et elle doit, dès lors, recevoir son exécution pour tous les biens et pensions, à titre gratuit, que les membres de la famille Bo-

naparte pourraient avoir à réclamer contre l'Etat. »

Le sieur Laffitte forma un pourvoi devant le Conseil d'Etat contre la décision du Conseil des ministres. L'arrêt du 1^{er} mai 1822 le rejeta, « considérant que la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement. »

Sous le Second Empire, cette même doctrine a prévalu dans deux décisions célèbres du Conseil d'Etat.

1° L'arrêt sur conflit du 18 juin 1852.

2° L'arrêt au contentieux du 9 mai 1867.

Un décret de 1852 enlevait à la famille d'Orléans, pour être réunis au domaine de l'Etat, les biens qui leur avaient été donnés par le roi Louis-Philippe. Louis-Napoléon ne voulait pas laisser à la famille d'Orléans l'influence que lui donnait la possession d'immeubles évalués à 300 millions. Le décret de 1852 était donc une mesure politique au premier chef. L'arrêt sur conflit du 18 juin 1852 refusa aux tribunaux judiciaires le droit de statuer sur les réclamations des princes d'Orléans, « considérant que le décret du 22 janvier 1852 est un acte politique et de gouvernement dont l'exécution et l'effet ne peuvent être donnés à l'appréciation judiciaire » (1).

(1) Dalloz, 1852, J. p. 17.

Un autre arrêt du 9 mai 1867 rejeta comme non recevable le recours pour excès de pouvoir formé par le duc d'Aumale et l'éditeur Michel-Lévy contre l'arrêté du préfet de police, qui avait ordonné la saisie de l'*Histoire des princes de Condé*, par le motif que « ces mesures sont des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'Etat, au contentieux ».

Le commissaire du gouvernement, M. Aucoc, invoquait, à l'appui de sa thèse, un arrêt du 8 janvier 1855. Cet arrêt statuait sur une demande en indemnité faite par le sieur Boulé, imprimeur. Voici les faits : Paris venait d'être déclaré en état de siège et, dans la soirée du 13 juin 1849, le ministre de l'Intérieur donna ordre d'empêcher la publication de certains journaux. En exécution de cet ordre, l'imprimerie du sieur Boulé fut envahie et saccagée ; à ses réclamations portées devant le Conseil d'Etat, celui-ci répondit par un rejet, « considérant que le ministre de l'Intérieur a pris une mesure de haute police commandée par les événements qui avaient fait déclarer la ville de Paris en état de siège ». L'annotateur du Sirey, M. Chopin, faisait remarquer que c'était plutôt dans les idées relatives à la force majeure que dans la nature politique de l'ordre donné qu'il fallait rechercher la justification de cet arrêt et que, dans d'autres circonstances où la matière était bien politique, le

Conseil d'Etat n'avait pas hésité à apprécier par des motifs tirés du fond et même à annuler des actes de l'administration, (1).

M. Choppin, nettement hostile à la théorie de l'acte de gouvernement définie par le but politique, déclarait qu'il ne fallait pas examiner si telle ou telle mesure prise par le gouvernement était opportune, mais bien si elle était légale et que, par conséquent, le caractère politique n'était pas une raison suffisante pour qu'elle échappe au contrôle du Conseil d'Etat et, qu'au surplus, l'administration n'était pas dispensée d'observer la loi lorsqu'elle prétendait agir au nom de ces intérêts généraux de la société qu'on est convenu d'appeler les intérêts politiques. Si le commissaire du gouvernement, M. Aucoc, concluait à la non-recevabilité du recours pour excès de pouvoir formé par le duc d'Aumale et l'éditeur Michel Lévy, il n'hésitait pas cependant à adopter la théorie émise en 1862 par M. Dareste, théorie qui réservait le droit pour les tribunaux judiciaires de garantir l'état-civil, la liberté et la propriété des citoyens.

(1) Arrêt du 22 Mars 1862. (Bonnet, aff. de *La France Libérale*. S. 1862, 2, 235). — 8 Février 1884, Gondou, aff. du journal *Le Globe*. — 14 Août 1865, aff. du *Courrier du Dimanche*. S. 1866, 1, 132).

Cette théorie du mobile n'a pas tardé à être abandonnée par la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits.

Le Prince Jérôme Napoléon, nommé général de division par décret du 9 mars 1854, était rayé de l'annuaire militaire le 9 mars 1872. Le Prince intenta contre le ministre de la Guerre un recours pour excès de pouvoir. Le ministre soutint que ce recours n'était pas recevable parce que la radiation, à raison de la forme et des circonstances dans lesquelles elle était intervenue, constituait un acte de gouvernement qui n'était pas susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. M. David, commissaire du gouvernement, exprimait, au contraire, l'avis que le pourvoi était recevable, mais qu'il devait être rejeté comme mal fondé. Dans ses conclusions, il déclarait que la « sphère des actes à laquelle appartient la qualification d'actes de gouvernement ne saurait s'étendre au gré des gouvernants ; pour présenter le caractère exceptionnel qui le met au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte émane du gouvernement ou de l'un de ses représentants ait été délibéré en conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique ».

Le Conseil d'Etat écartant la fin de non-recevoir proposée par le ministre tirée du caractère gouvernemental de l'acte, a admis le pourvoi et a

rejeté la demande par des motifs tirés du fond (1).

Une décision éclatante est celle rendue par le Tribunal des conflits du 25 mars 1889 (*Gazette des Tribunaux* du 27 mars). Il s'agissait de la saisie pratiquée par le préfet de police à Paris et par les préfets des divers départements, du manifeste que le comte de Paris avait adressé aux maires de France par la voie de la poste. Les tribunaux judiciaires auxquels s'étaient adressés les intéressés étaient-ils compétents ? L'administration soutenait que non, en prétendant que cette mesure prise constituait un acte de gouvernement échappant à toutes les juridictions. Le Tribunal des conflits admit la compétence judiciaire et annula tous les arrêtés de conflits, « considérant, dit-il, ... dans la première affaire... que les instructions verbales invoquées par le préfet de police... ne sauraient imprimer au mandat et à la saisie des 5 et 6 juillet 1888 les caractères d'acte administratif et de gouvernement; qu'en effet, la saisie ne change pas de nature par ce fait qu'elle est ordonnée par le ministre de l'Intérieur dans un but politique et que la mesure a été approuvée par les Chambres ; considérant que si le gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'Etat et de réprimer toute entreprise tentée contre la République par les

(1) D. 75, 3, 19.

membres des familles ayant régné en France, il n'est investi à cet égard que des pouvoirs que la loi lui donne. »

La doctrine comme la jurisprudence a complètement répudié la théorie de l'acte de gouvernement définie par le mobile politique.

M. Laferrière nous dit : « L'acte d'administration fait dans un but politique ne cesse pas pour cela d'être un acte administratif et de relever du juge administratif. Si, par exemple, des mesures illégales ou entachées de vices de forme étaient prises dans un but politique à l'égard de magistrats inamovibles, d'officiers propriétaires de leur grade, de membres de la Légion d'honneur, de fonctionnaires auxquels la loi accorde des garanties particulières, les motifs politiques qui auraient inspiré ces mesures administratives n'en feraient pas des actes de gouvernement et n'empêcheraient pas qu'elles ne fussent susceptibles d'être déférées au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. De même, si des raisons politiques déterminaient le gouvernement à se saisir d'une propriété privée en dehors des cas prévus par la loi, à porter atteinte à la liberté individuelle ou à la liberté de la presse, les parties lésées n'en auraient pas moins accès devant les tribunaux judiciaires gardiens des droits individuels. Ainsi se confirme l'idée... que les votes politiques émis par les Chambres, pour provoquer ou approuver un acte d'administration, ne suffi-

sent pas pour donner à cet acte un caractère politique et le soustraire à tout recours contentieux; ces votes ne font que confirmer et accentuer les mobiles politiques de l'acte, mobiles qui ne peuvent modifier à eux seuls la compétence des juridictions. » (1)

La théorie du mobile paraît cependant avoir conservé des adhérents parmi les membres du Conseil d'Etat. M. Gauvain, dans ses conclusions dans l'affaire Sailhol, s'exprime ainsi : « Qu'est-ce qu'un acte de gouvernement ? c'est celui qui est pris dans l'exercice des fonctions gouvernementales. Il est de la nature des actes de gouvernement de compter une certaine solennité, d'être en même temps décisifs, péremptoires, en ce sens qu'ils font cesser la situation à laquelle on veut porter remède. Ils ont aussi un caractère préventif... Ce sont des actes d'autorité et de commandement. Quand on oppose à un citoyen la théorie de l'acte de gouvernement, on se place en dehors et au-dessus des lois. » (2) M. Marguerie, commissaire du gouvernement, dans une autre affaire, avait conclu dans le même sens.

D'une manière générale, nous pouvons donc affirmer que la doctrine et la jurisprudence sont

(1) Juridiction administrative, t. II, p. 31.

(2) D. 1889, 3, 19.

d'accord pour repousser franchement cette théorie.

Certains ont prétendu donner le caractère gouvernemental aux actes approuvés par un vote des deux Chambres. Ceux-ci ne diffèreraient des lois que par la procédure, les effets étant les mêmes. Cette théorie a été soutenue par M. Graux à propos des mesures prises contre les communautés religieuses. Il dit, parlant de l'approbation des Chambres: « Quand un acte est ainsi sanctionné par un vote parlementaire, il ne diffère d'une loi qu'au point de vue de la procédure; il a précédé l'approbation législative au lieu d'avoir été accompli en vertu de cette approbation. » (1)

Nous ne saurions accueillir une pareille assimilation qui détruirait la raison d'être de la procédure établie par la constitution pour le vote et la promulgation des lois : mettre en garde le législateur contre des emballements et donner, par suite, plus de garantie et d'autorité à ses décisions. Cette garantie nécessaire à la conservation des droits individuels n'existe donc plus, si de simples ordres de jour approuvant les actes de gouvernement acquièrent même force que les lois elles-mêmes.

Longtemps, le gouvernement, fort de l'appui des

(1) Les Communautés religieuses devant la loi, p. 195.

Chambres, prétendit donner à des actes approuvés par elles toute l'autorité des lois elles-mêmes ; la jurisprudence du Conseil d'Etat, fort heureusement, a toujours rejeté ses prétentions. Voici quelques cas.

En 1880, lors des décrets qui ont prononcé la dissolution des congrégations non autorisées, le ministre des Cultes soutint que ces décrets n'étaient pas des actes administratifs, mais des actes de gouvernement échappant à tout recours devant les juridictions administratives et judiciaires parce qu'ils étaient appuyés par un ordre du jour de la Chambre des députés du 16 mars 1880 ainsi conçu : « La Chambre, confiante dans le Gouvernement et comptant sur sa fermeté pour appliquer les lois relatives aux congrégations non autorisées, passe à l'ordre du jour », et M. Roujat, commissaire du gouvernement, disait dans ses conclusions : « Vous le voyez, Messieurs, les décrets du 29 mars présentent tous les caractères d'un acte de gouvernement, d'un acte de haute police puisqu'ils sont provoqués par un vote de la Chambre : ils ont été approuvés, ratifiés en tant que de besoin par le Sénat et la Chambre. » (1)

Le Tribunal des conflits, dans sa décision du 5 novembre 1880, ne se rangea pas à l'avis du mi-

(1) D. 80, 3, 127.

nistre, et qualifia ces décrets de 1880 non d'actes de gouvernement, mais d'actes administratifs. De même, les arrêts du Conseil d'Etat du 20 mai 1887 sur les pourvois des princes d'Orléans et Murat, contre la décision du ministre de la guerre qui les avait rayés des cadres de l'armée. Le ministre de la guerre soutenait que ces recours n'étaient pas recevables, et il invoquait pour cela, à la fois le mobile politique de l'acte, et les ordres du jour favorables, à la Chambre le 13 juillet 1886, et au Sénat le 15 juillet 1886.

« On ne saurait sérieusement méconnaître, disait le ministre, après l'approbation dont elles ont été l'objet devant le Parlement, que ces mesures constituent, non pas des mesures d'administration proprement dites, mais des actes de l'ordre exclusivement gouvernemental et politique, qui, à ce titre, ne peuvent être soumis au contrôle du Conseil d'Etat, délibérant comme juridiction contentieuse. » Le Conseil d'Etat a passé outre au jugement du fond, a admis un des pouvoirs et rejeté l'autre.

Dans l'arrêt du 25 mars 1889, cité dans le chapitre précédent, le Tribunal des conflits, malgré que le Ministre de l'Intérieur soutînt que l'approbation des Chambres avait transformé cet acte en acte de gouvernement non susceptible de recours, admit la compétence judiciaire pour les demandes formées par les intéressés, et annula les arrêtés de conflit qui lui étaient soumis.

Cette jurisprudence a été approuvée par la doctrine (1).

M. Labbé n'est pas aussi favorable que M. Graux à la thèse gouvernementale. Nous avons dit que, pour ce dernier, les actes de gouvernement, approuvés par les ordres du jour formels des Chambres, doivent être souverains comme les lois elles-mêmes. Pour M. Labbé, une simple ratification ne suffit pas ; il faut qu'une véritable loi intervienne. « A notre avis, un vote, par lequel l'Assemblée passe à l'ordre du jour et refuse de blâmer l'acte accompli, ne suffit pas. Après un tel vote purement négatif, l'acte reste ce qu'il est : un acte arbitraire. Le pouvoir législatif doit couvrir, par une décision formelle, l'irrégularité commise et s'approprier la mesure prise au nom de l'intérêt général. » (2).

Le Gouvernement, fait remarquer ce même auteur, a des attributions déterminées : traités diplomatiques, droit de disposer de la force armée, de réprimer les troubles à l'intérieur, etc., etc.

S'il agit, en dehors de ces bornes légales de ses attributions, en invoquant la raison d'Etat, il ne

(1) Aucoc. — Confér. sur droit administratif, t. I, p. 289.

Béquet. — Rep. génér., n° 285, content. adm.

Hauriou. — Précis droit adm., n° 71.

(2) Labbé. — Note sous Paris, 29 janvier 1876 ; Sirey, 1876, n° 297.

pourra alors soustraire aux tribunaux judiciaires ces actes que l'on doit qualifier d'arbitraires, qu'en les faisant ratifier par le pouvoir législatif. Car M. Labbé reconnaît qu'il existe des cas où le salut de la société exige une dérogation aux lois établies. « Les institutions humaines sont toujours imparfaites. Elles appellent parfois des remèdes extraordinaires. Il ne faut pas que la société périclisse par le respect de la légalité. » Cette autorité qu'a le pouvoir de déroger aux lois établies, c'est le pouvoir législatif. « Le pouvoir législatif est le pouvoir d'établir des règles générales, applicables à l'avenir ; il ne renferme pas le pouvoir de légitimer une infraction particulière, encore moins de ratifier après coup une infraction particulière aux lois établies ; mais enfin, s'il appartient à quelqu'un dans l'Etat, d'approuver un acte exorbitant du droit commun, c'est à ce pouvoir législatif. ». Le fait de demander aux Chambres ratification de « l'acte exceptionnel » sera suspensif à l'égard de la compétence judiciaire. « Le procès ne s'arrêtera définitivement que lorsque le pouvoir législatif aura approuvé et confirmé l'acte exceptionnel. »

M. Labbé ne décrit pas la forme de cette confirmation ; mais un vote, par lequel l'Assemblée passe à l'ordre du jour et refuse de blâmer l'acte accompli, ne lui suffit pas. Donc, pour lui, il faut qu'une loi véritable intervienne.

Nous avons rejeté la théorie de M. Graux, nous

rejetons aussi la théorie de M. Labbé, car, de même que la première, elle entraînerait à de trop graves abus de pouvoir et donnerait de plus au pouvoir législatif une autorité excessive. Dans certains cas, en effet, un ministre pourra prendre telle mesure qu'il lui plaira, sûr que les Chambres ne se refuseront pas à une ratification, même dans la forme nécessaire à l'élaboration des lois. Les Chambres auront une autorité vraiment trop grande, car, comme le dit M. Michoud, « cette théorie admet la possibilité des lois d'exception, des lois applicables à un seul fait ou à un seul homme, même des lois rétroactives légalisant dans le passé une infraction commise par les agents du pouvoir exécutif ». Le rôle du pouvoir législatif est « d'étudier des règles générales applicables à l'avenir. Il sort de sa sphère lorsqu'il s'emploie à légaliser les infractions commises aux lois existantes. »

Admettre cette théorie, c'est permettre l'empiètement du pouvoir législatif sur le pouvoir judiciaire. M. Labbé nous dit, en effet, que ces actes illégaux entraînent, non seulement la responsabilité politique de leur auteur, mais encore sa « responsabilité judiciaire ». Mais les Tribunaux devront surseoir à toute décision, tant que les Chambres n'auront pas admis un vote ratifiant ou non « l'acte exceptionnel ».

Pour nous, nous l'avons déjà dit, nous n'accep-

tons pas cette théorie. Avec M. Le Courtois, nous reconnaissons qu'elle a son avantage. « Il ne faut pas que la société périsse par suite d'un respect superstitieux de la légalité. » Mais, avec lui aussi, nous reconnaissons « qu'il n'est pas désirable de voir ce bill d'indemnité prendre place dans notre droit, surtout avec nos tendances actuelles. Le pouvoir législatif n'a que trop la tentation de dicter ses ordres au pouvoir exécutif, gouvernement ou justice. Ce qui doit constituer une mesure exceptionnelle, deviendrait très vite une habitude et nous conduirait à l'omnipotence du pouvoir législatif. Il n'est pas à souhaiter pour le pays de faire à nouveau l'expérience de la dictature des Assemblées... Le pouvoir législatif ne saurait à son gré mettre en mouvement ou arrêter le cours de la justice, sans provoquer la désorganisation et la confusion les plus regrettables. » (1).

Au nom de la séparation des pouvoirs, nous repoussons donc cette théorie, fort ingénieuse en apparence, mais en réalité très dangereuse.

II. — THÉORIE DITE DE LA NATURE DE L'ACTE

Une autre théorie toute moderne, et qui a rallié la doctrine et la jurisprudence, classe les actes

(1) M. Le Courtois. — Thèse Poitiers 1899.

du chef de l'Etat et de ses ministres en deux catégories : les actes gouvernementaux et les actes administratifs. Gouvernement et Administration formeraient deux autorités distinctes, bien que ces deux autorités soient confiées aux mêmes mains.

Mais la difficulté est de préciser quel est le critérium qui permettra de distinguer ce qui est acte gouvernemental de ce qui est acte administratif.

L'utilité de cette distinction est celle-ci : Les recours contre les actes de gouvernement sont irrecevables devant les Tribunaux administratifs qui ne pourront statuer ni directement, pour en prononcer la nullité, ni indirectement, pour accorder des indemnités aux particuliers lésés dans leurs intérêts.

Nous allons voir, en examinant la signification qu'ont donnée les auteurs les plus récents aux deux mots Gouvernement et Administration, qu'il n'est pas possible de trouver une ligne de démarcation nettement établie entre l'acte gouvernemental et l'acte administratif.

« Le gouvernement, dit M. Ducrocq, est la portion du pouvoir exécutif qui a pour mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que l'Administration en est le complément et l'action vitale. » (1)

(1) T. I, p. 28, 7^e édition.

M. Ducrocq reconnaît sans doute combien vague est sa définition, car il ajoute :

« Il s'agit d'une même échelle occupée par un seul pouvoir sous des noms différents ; il s'appelle gouvernement dans les degrés supérieurs et administration dans les degrés inférieurs. » Les deux formules, nous dit M. Brémont, sont aussi peu précises l'une que l'autre, et M. Ducrocq le comprend si bien que pour bien déterminer les actes qu'il considère comme gouvernementaux, il finit par avoir recours au procédé de l'énumération (1).

Dans une édition plus récente, M. Ducrocq s'efforce de rendre encore plus précise la distinction entre l'acte gouvernemental et l'acte administratif. « Nous avons donné le critérium de distinction en disant que tout acte accompli en exécution d'une loi non constitutionnelle, ne saurait avoir le caractère gouvernemental, rigoureusement restreint aux actes directement accomplis en exécution d'une disposition des lois constitutionnelles. » La part faite aux actes gouvernementaux n'est pas cependant bien large : d'une part, ceux intervenant pour l'exécution des traités diplomatiques, d'autre part, ceux intervenant par suite des rapports du Président de la République avec les Chambres. Son énumération n'est pas, comme on le voit, très longue, mais M. Ducrocq a soin de nous

(1) Brémont, *Revue droit public*, p. 31.

faire remarquer que c'est là « une base scientifique et légale de distinction ».

Mais alors, cette distinction, telle que nous l'expose cet auteur, est-elle bien utile ? Non, car, d'après celle-ci, les attributions gouvernementales auraient une portée si générale, si impersonnelle, qu'elles ne blessaient aucun droit, aucun intérêt particulier. Il serait alors inutile, nous dit M. Brémont, de rechercher si ces actes échappent à raison de tel ou tel caractère aux recours contentieux, administratifs ou judiciaires. Les recours seraient, en effet, impossibles, puisque les actes en question ne pourraient causer aucun grief à personne, et qu'un droit à faire valoir ou un intérêt légitime à défendre sont la première condition de toute action en justice (1).

« Les attributions du pouvoir exécutif se rattachent à deux ordres d'idées différentes, qu'il importe de bien distinguer : le gouvernement et l'administration. Quand on distingue le gouvernement de l'administration, on entend mettre dans une catégorie spéciale la direction des affaires auxquelles on réserve le nom de politiques, c'est-à-dire les rapports du chef de l'Etat avec les grands corps de l'Etat ; la convocation des électeurs pour la nomination des sénateurs et députés, la convo-

(1) Op. cit., p. 31.

cation de la Chambre des députés et du Sénat, la clôture de leur session, la dissolution de la Chambre des députés, le soin d'entretenir les relations diplomatiques avec les puissances étrangères, la disposition de la force publique, l'exercice du droit de grâce, la collation des titres de noblesse. » (1)

Il n'y a donc de la part de M. Aucoc qu'une simple énumération ; pas de définition.

M. Batbie nous donne à son tour l'exposé de son point de vue : « Il n'est pas toujours aisé de tracer la ligne de démarcation entre le pouvoir politique et le pouvoir administratif. Mais ordinairement, le premier procède par voie d'impulsion générale, et s'il fait quelque acte déterminé, c'est qu'il s'agit d'une grande mesure qui entraînera des conséquences très importantes. Le rôle de l'administration consiste le plus souvent dans des attributions de détail auxquelles le chef du gouvernement ne s'applique que rarement. » (2)

M. Laferrière nous propose la définition suivante : « Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, s'est pourvoir aux besoins de la société poli-

(1) Aucoc, Conférences sur le droit adm., t. I, n^{os} 38-39.

(2) Batbie, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, t. II, p., 5 n^o 7.

tique tout entière, veiller à l'observation de la constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'Etat avec les puissances étrangères, à la sécurité intérieure. » (1)

M. Bequet trouve cette définition bien vague, et il nous fait remarquer que « la délimitation des attributions des deux autorités ainsi faite est plus apparente que réelle... Qu'est-ce, en effet, en administration, qu'assurer l'exécution journalière des lois ? Qu'est-ce que veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ? Qu'est-ce, en gouvernement, pourvoir à la sécurité intérieure ou extérieure ? Si le gouvernement, pour pourvoir à la sécurité intérieure, supprime l'exécution d'une loi ; si, pour pourvoir à la sécurité extérieure, il suspend les rapports des citoyens avec l'administration centrale, accomplira-t-il un acte d'administration ou de gouvernement ?... » L'éminent auteur propose à son tour une nouvelle définition : « En examinant les hautes et nombreuses attributions du pouvoir exécutif, on voit qu'elles se prêtent à une facile division. Ainsi les unes ont un caractère essentiellement politique ; ce sont celles qui consistent à régler les rapports de la France avec les nations étrangères et à diriger à l'intérieur la marche générale des affaires publiques ; elles constituent la portion de la puissance exécutive qu'on

(1) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 33.

appelle le pouvoir gouvernemental ; les autres se rapportent à l'administration proprement dite : ce sont celles qui consistent à protéger les personnes et les propriétés, à garantir l'usage des choses communes, etc... Leur ensemble constitue le pouvoir administratif. »

M. Bequet ne nous instruit pas davantage avec sa définition, et on pourrait lui renvoyer le reproche qu'il faisait à M. Laferrière.

Ces deux auteurs sont cependant d'accord pour admettre que les autorités gouvernementales ne peuvent prendre des mesures que dans la limite que leur accorde la loi. Il est possible que le législateur n'ait pas prévu certaines situations, dans lesquelles devait s'exercer l'autorité gouvernementale, mais ce n'est qu'à lui seul, malgré tout, qu'appartient le droit de réparer son erreur ou son omission. Et, partant de cette idée, tous deux s'élèvent vivement contre la théorie du but politique telle que l'avait formulée M. Vivien. Mais, comme le dit très bien M. Brémond, ceci paraît renverser complètement la théorie des actes de gouvernement. L'acte de gouvernement, par sa nature même, est soustrait à l'examen de tous les tribunaux. Or, ces auteurs exigent pour qu'il y ait acte de gouvernement et, par conséquent, pour que les tribunaux soient incompétents, que le gouvernement se soit tenu dans les limites de ses pouvoirs légaux, mais pour aboutir à un pareil résultat, point n'est be-

soin de construire une théorie nouvelle qui lui donne l'apparence d'un résultat exceptionnel alors qu'il est, au contraire, absolument normal et qu'il découle de l'application des règles ordinaires. Même en matière purement administrative, il est certain que les particuliers n'ont aucun recours contentieux contre les décisions de l'autorité publique qui sont prises dans les limites légales ; et la raison en est évidente : c'est que la loi, en donnant à l'administration l'autorisation d'agir, valide et légalise d'avance les actes qui seront accomplis conformément à ses prescriptions. Les particuliers dont les intérêts sont lésés ne peuvent ensuite se plaindre que de la loi, mais ils n'ont aucun reproche légitime à formuler contre celui qui ne fait que l'exécuter.

« On entend par actes de gouvernement, suivant M. Rodolphe Dareste, les actes que la Constitution et les lois réservent à la puissance souveraine sans autre contrôle que celui des grands corps politiques et de l'opinion publique. » (1)

Voilà donc résumées les opinions de ces savants auteurs, tous d'accord pour reconnaître l'existence de deux autorités publiques différentes : autorité gouvernementale, autorité administrative ; mais tous à la recherche d'un critérium qu'ils ne peuvent fixer.

(1) Justice administrative, p. 221.

CHAPITRE II

DU RECOURS CONTRE L'ACTE DE GOUVERNEMENT

Nous venons de voir, en examinant la théorie dite de la nature de l'acte, la distinction que fait aujourd'hui la doctrine entre les actes gouvernementaux et les actes administratifs. Parmi les auteurs qui adoptent cette manière de voir, tous ne sont pas d'accord cependant sur les conséquences qui découlent de cette classification.

Quel doit être le régime à appliquer à ces actes de gouvernement ?

Un premier système admet à l'égard de ces actes l'incompétence des tribunaux administratifs, mais il ne rejette pas la compétence des tribunaux judiciaires.

Un deuxième système admet que ces actes ne sont susceptibles d'aucun recours, ni devant les tribunaux judiciaires, ni devant les tribunaux administratifs.

Un troisième système, moins absolu que les deux précédents, reconnaît dans certains cas la compétence des tribunaux judiciaires.

Parmi les auteurs partisans du premier système, citons d'abord M. Gautier. « Mettre ces actes hors du droit commun, dit-il, c'est ouvrir la porte aux illégalités les plus criantes et les plus dangereuses. » (1)

M. Labbé, dans une note sous Sirey, 1876-III-297, proclame la même opinion : « Lorsque l'urgence décide un ministre à prendre à l'égard d'un particulier une mesure illégale, il le fait à ses risques et périls, sous sa responsabilité, non seulement politique, mais encore judiciaire. » La théorie de ces deux auteurs est absolue. L'autorité judiciaire pourra toujours, tant au point de vue de la légalité qu'au point de vue de l'observation des formes, apprécier les actes de gouvernement. « Nous, avec les articles 114 et 117 du Code pénal, nous réprouvons et soumettons à l'autorité judiciaire tous actes arbitraires, tous actes attentatoires aux droits des particuliers, tous actes contenant un excès de pouvoir, à l'exception de ceux qui relèvent des Tribunaux administratifs pour de tels actes, toujours un juge. » (1)

C'est aussi en invoquant les textes du Code pénal qu'ils critiquent le point de vue de MM. Aucoc et Ducrocq, moins respectueux cependant, com-

(1) Précis de droit administratif, p. 6 et 7.

(1) Labbé, *op. cit.*

me nous le verrons, des droits des particuliers. « Les auteurs que nous avons cités distinguent et soustraient à tout examen contentieux les actes arbitraires qui sont d'ordre politique et gouvernemental pourvu qu'ils ne violent ni la propriété ni la liberté individuelle. Où est cette distinction ? Elle n'est pas dans l'article 114 du Code pénal. Elle a le tort d'être elle-même assez arbitraire et très obscure. »

M. Michoud n'admet pas les conclusions de MM. Gautier et Labbé. « S'il est nécessaire, dit-il, que le gouvernement soit, en ce qui concerne ces actes, au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il faut écarter le contrôle des Tribunaux judiciaires autant et plus que celui des Tribunaux administratifs ; si, au contraire, cette absence de tout contrôle est dangereuse, pourquoi distinguer entre les deux ordres de Tribunaux ? »

M. Jacquelin est également du même avis : « Le pouvoir exécutif, dit-il, voit son indépendance absolument assurée vis-à-vis de la justice ordinaire dans la sphère administrative ; à plus forte raison doit-il en être de même dans la sphère gouvernementale. » (Des principes dominants du contentieux administratif, II^e partie, chapitre III, page 298).

Certains jurisconsultes, parmi lesquels MM. Darestre et Aucoc, admettent un système mixte. Ils admettent volontiers la compétence judiciaire,

quand il y a eu violation d'un droit individuel, mais cependant ils ne vont pas jusqu'à reconnaître à cette autorité le droit d'annuler l'acte de gouvernement.

« De même que les actes législatifs, nous dit M. Dareste, les actes de gouvernement ne peuvent donner lieu à aucun recours contentieux ni direct, à fin d'annulation, ni indirect, à fin d'indemnité, sauf le droit, dont les Tribunaux ne peuvent être dépouillés, de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des simples citoyens contre toutes voies de fait qui ne rentrent pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels. » (1)

M. Aucoc, rapporteur dans l'affaire du duc d'Aumale, a exprimé la même opinion.

M. Ducrocq dit en ce sens : « Les Tribunaux de l'ordre judiciaire ne sont sans doute pas plus compétents que les Tribunaux administratifs pour blâmer ces actes gouvernementaux, non plus que pour connaître de l'exécution des conventions diplomatiques. Mais comme l'autorité judiciaire est instituée gardienne de la propriété, de la liberté individuelle, de l'état civil des citoyens, et que les litiges de cet ordre sont, au premier chef, dans le contentieux judiciaire, il appartient aux tribunaux judiciaires, sans annuler ou critiquer l'acte gouvernemental, de reconnaître le droit contesté, lorsque

(1) Dareste, *op. cit.*

cet acte gouvernemental constitue, outre la propriété, la liberté, l'état civil d'un citoyen, une voie de fait ne rentrant pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels ou légaux du gouvernement. » (1)

M. Glasson a adopté cette opinion (2).

M. Brémont s'est élevé contre cette théorie : « Les actes de gouvernement, dit-il, sont incontestablement des actes de puissance publique, et l'on ne peut, par suite, admettre que les tribunaux judiciaires aient le pouvoir d'en apprécier la légalité. Il serait étrange qu'on protégât l'administration contre les empiètements des corps judiciaires dans les cas les moins importants, et que cette protection disparût précisément à propos des décisions les plus graves. Si, pour assurer la liberté d'action du gouvernement, il était nécessaire de soustraire ses actes à l'examen de la juridiction administrative, à *fortiori* faudrait-il les soustraire au contrôle des Tribunaux judiciaires. » (3)

M. Le Courtois n'admet pas l'objection de M. Brémont ; il nie l'existence d'une barrière infranchissable entre la justice et l'administration. Avec M. Laferrière, il apporte à la théorie du conten-

(1) Ducrocq, *op. cit.*, p. 1. n° 194.

(2) De l'incompétence absolue. *Revue critique*, nouvelle série, t. X, année 1883, p. 266.

(3) *Op. cit.*, p. 26

lieux administratif une restriction considérable, en reconnaissant aux tribunaux le droit de garantir l'état civil, la liberté, la propriété, quand il s'agit d'actes administratifs ordinaires, et, partant de ce principe, il nous déclare : « A notre tour, nous pouvons dire : pourquoi l'autorité judiciaire étant compétente sous certaines conditions vis-à-vis d'actes administratifs, ne serait-elle pas compétente, sous ces mêmes conditions, vis-à-vis des actes de gouvernement ? L'autorité judiciaire a des attributions fondamentales, devant lesquelles les décisions, quelles qu'elles soient, d'où elles émanent, doivent s'incliner. » (1)

Nous ne discuterons pas ce dernier point de vue. Examinons seulement si le troisième système mixte, que nous avons exposé, garantit d'une façon suffisante la liberté individuelle. Nous ne le pensons pas : en admettant qu'un tribunal refuse d'appliquer à un particulier l'acte gouvernemental, il n'en subsistera pas moins, pour d'autres individus, une certaine crainte. Un autre tribunal, à l'égard d'un autre particulier, rendra-t-il la même décision ? A cela M. Le Courtois répond que l'intéressé qui a obtenu gain de cause est certainement satisfait, il n'en demandait pas davantage, et il ajoute : « Si d'autres sont inquiétés, ils auront les mêmes moyens de défense, et

(1) *Op. cit.*, p. 122.

il serait bien invraisemblable que les nouvelles décisions ne fussent pas d'accord avec la première. Bien plus, il est probable que le gouvernement mis en échec devant la justice se hâtera de retirer sa décision. » A l'appui de son dire, M. le Courtois nous cite l'affaire du duc d'Aumale. Le gouvernement, après la décision du Conseil d'Etat, qui reconnaissait à l'autorité judiciaire seule le droit de statuer, avait remis à l'éditeur les exemplaires saisis.

Ce raisonnement ne peut cependant nous convaincre. Et nous persistons à croire que la liberté n'est pas, avec un pareil système, suffisamment garantie.

M. Brémont reconnaît d'ailleurs fort bien l'insuffisance de ce raisonnement, car il nous déclare : « Pour être logique, il faudrait reconnaître à l'autorité judiciaire le droit d'annuler l'acte gouvernemental », et il ajoute : « Et comme nos adversaires reculent devant cette conséquence, nous avons le droit de conclure qu'ils n'ont pas eux-mêmes grande confiance dans leur principe puisqu'ils n'osent pas en appliquer les conséquences naturelles. »

Pour nous qui rejetons la théorie de l'acte de gouvernement, nous ne saurions opter pour l'un ou l'autre de ces trois systèmes, nous dirons simplement que les actes dits de gouvernement sont soumis au même régime que les actes administratifs ordinaires.

CHAPITRE III

RÉFUTATION DE LA THÉORIE DES ACTES DE GOUVERNEMENT

La théorie courante consiste à dire que le gouvernement et l'administration constituent deux pouvoirs distincts, deux autorités différentes, ayant leurs attributions propres, bien que ces deux pouvoirs ou ces deux autorités soient confiés aux mêmes mains ; « nous constatons itérativement que le pouvoir exécutif gouverne et administre à la fois, ce qui peut expliquer, sans la légitimer, la confusion du gouvernement et de l'administration contre laquelle nous nous élevons » (1).

Trois arguments ont été invoqués à l'appui de cette théorie : le premier est tiré des principes généraux de notre droit public, le deuxième s'appuie sur des textes spéciaux, le troisième est tiré d'une prétendue uniformité d'opinion dans la doctrine et dans la Jurisprudence.

(1) *Op. cit.*, 7^e éd., p. 29.

I. *La distinction entre le gouvernement et l'administration vient-elle des textes fondamentaux de notre droit ?*

La loi des 16-24 août 1790, qui consacre le principe de la séparation des pouvoirs (titre II, art. 13) ne met en opposition que deux autorités : les juges et les corps administratifs, elle ne mentionne que deux catégories de fonctions : les judiciaires et les administratives. « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. »

Il résulte de ce texte une conséquence qui devrait, semble-t-il, étonner les partisans de la division du pouvoir exécutif en trois fonctions : gouvernementale, administrative et judiciaire ; du moment que le texte ne parle pas de la fonction gouvernementale, on devrait logiquement en conclure que les tribunaux judiciaires peuvent connaître des actes gouvernementaux, mais cette conclusion n'était certainement pas celle que les membres de l'Assemblée constituante avaient en vue.

La même loi contient un texte qui défend aux juges de s'immiscer dans les fonctions législatives, elle n'en contient pas qui leur interdise d'empiéter sur les fonctions gouvernementales.

Il est donc bien évident que l'Assemblée constituante a englobé dans l'expression générale : opérations des corps administratifs, les actes de gouvernement et les actes administratifs.

Nous ne trouvons encore aucune allusion dans cette loi en forme d'instruction des 16-20 août 1790 : « Les assemblées administratives considéreront attentivement ce qu'elles sont dans l'ordre de la constitution pour ne jamais sortir des bornes de leurs fonctions et pour les remplir toutes avec exactitude. Elles observeront d'abord qu'elles ne sont chargées que de l'administration, qu'aucune fonction législative ou judiciaire ne leur appartient et que toute entreprise de leur part sur l'une ou l'autre de ces fonctions introduirait la confusion des pouvoirs, qui porterait l'atteinte la plus funeste aux principes de la constitution... »

La même doctrine se rencontre d'ailleurs dans la constitution des 3-14 septembre 1791 (tit. II, chap. 5, art. 3.) : « Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. » Ce texte est la reproduction presque identique de celui contenu dans la loi des 16-24 août 1790, qui défend aux juges de s'immiscer dans les fonctions administratives.

Ces textes, comme le fait remarquer M. Mi-

choud, ont une importance particulière à raison de leur date, qui est celle à laquelle il faut faire remonter les principes fondamentaux du droit public moderne. Toutes les lois postérieures y sont, du reste, entièrement conformes. La constitution de Fructidor, an III (art. 203 et 203), et celle de Frimaire, an VIII (titre II, art. 5) reproduisent les mêmes idées. Partout se rencontrent le même langage, la même doctrine ; il n'est question que de deux-branches dans le pouvoir exécutif : l'autorité judiciaire et l'autorité administrative.

Citons maintenant le Code pénal, voyons la pensée du législateur contenue dans l'article 127 et suivants. Ces divers articles contiennent prohibition aux différentes autorités d'empiéter sur les autorités voisines et y édictent des punitions, notamment dans l'article 127, où il est question des empiètements de l'autorité judiciaire sur l'autorité administrative : Seront coupables de forfaiture et punis de la dégradation civique : 1°.... ; 2° les juges, les procureurs généraux ou du Roi (de la République) ou leurs substituts, les officiers de police judiciaire, qui auraient excédé leur pouvoir, en s'immisçant dans les matières attribuées aux autorités administratives, soit en faisant des règlements sur ces matières, soit en défendant d'exécuter les ordres émanés de l'administration, ou qui, ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonc-

tions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances, nonobstant l'annulation qui en aurait été prononcée ou le conflit qui leur aurait été notifié. »

Dans tous ces textes, y a-t-il un mot qui trahisse l'existence d'une troisième autorité ? l'autorité gouvernementale, non. Il est bien évident que le législateur de 1810, comme les Constituants, n'admettent pas cette division en trois parties du pouvoir exécutif ; pour eux, le gouvernement et l'administration ne font qu'un : si on l'entend autrement, dit M. Michoud, « on laisse subsister dans la loi pénale la plus grave lacune et il faut se hâter de le combler. »

Dans les constitutions postérieures, il n'est pas question d'une façon très précise de la séparation des pouvoirs. Les chartes de 1814 et de 1830 n'y font aucune mention bien nette de cette séparation.

Dans l'article 19 de la constitution des 4-10 novembre 1848, nous trouvons cependant l'énonciation de ce principe que « la séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre ».

Dans le rapport de la commission chargée de rédiger le projet de cette constitution, nous trouvons que les pouvoirs sont au nombre de trois : pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire ; le rapport fut voté sans discussion.

Dans cette constitution, nous avons un chapitre spécial sur l'administration intérieure, mais en 1848, comme en 1791, cette administration intérieure n'est pas autre chose que l'administration des départements et des communes. Quant au chapitre consacré au pouvoir central, nulle allusion à la fonction gouvernementale. Comme nous l'avons dit plus haut, les chartes de 1814 et de 1830 ne s'expliquent pas d'une façon bien nette sur la séparation des pouvoirs, elles ne nous disent rien également qui puisse nous faire admettre une distinction entre les attributions gouvernementales et les attributions administratives.

Un texte paraît cependant faire une distinction entre la fonction gouvernementale et la fonction administrative. C'est le préambule du décret dit de décentralisation du 25 mars 1852, « considérant que si l'on peut gouverner de loin, on n'administre bien que de près ». Mais, comme l'observe très justement M. Michoud, « le rédacteur de cette phrase n'a pas eu l'ambition de faire un exposé de droit constitutionnel, ni de présenter une classification quelconque des pouvoirs publics, il a simplement voulu exprimer sous la forme saisissante d'une antithèse l'idée fondamentale du droit qu'il était chargé de motiver. On donnait aux préfets le droit de statuer sur beaucoup de questions administratives qui étaient restées jusqu'alors dans la compétence du pouvoir central ; la réforme se jus-

tifiait d'elle-même par cette considération que les questions décentralisées portaient sur des mêmes détails d'administration intérieure et qu'elles seraient mieux et plus rapidement réglées sur place que dans les bureaux des ministères. »

D'ailleurs, ce texte, au milieu de dispositions fondamentales précises de notre droit ne saurait être bien probant. Bien plus, si on adopte l'opinion de M. Ducrocq, qui, précisément, argue de ce texte en faveur du système que nous combattons, nous sommes conduit à cette conclusion : sont actes de gouvernement tous les actes émanant du pouvoir central, conclusion qui est insoutenable.

Cette rapide revue des textes de notre droit public nous autorise donc à repousser cette division du pouvoir exécutif en trois branches ou autorités : autorité administrative, gouvernementale et judiciaire. Si en théorie pure cette distinction est soutenable, il est cependant indéniable qu'elle ne produit aucun effet juridique.

II. *La distinction entre le gouvernement et l'administration se trouve-t-elle dans des textes spéciaux ?*

Les adversaires de notre théorie prétendent trouver un argument dans ce fait que les textes qui ont trait à la compétence du Conseil d'Etat,

sont muets sur la compétence en matière d'actes de gouvernement.

M. de Belbœuf, dans ses conclusions devant le Conseil d'Etat, dans l'affaire Jecker du 18 novembre 1869, disait : « Le requérant (M. Choppin, avocat, déjà cité) allègue qu'il n'existe aucun texte de loi qui permette de distinguer entre les faits de l'ordre administratif et ceux de l'ordre gouvernemental. Sans remonter aux actes constitutifs du Conseil d'Etat, depuis son établissement par la constitution de l'an VIII, la loi du 15 janvier 1849 dispose : le Conseil d'Etat statue en dernier ressort sur le contentieux administratif, et le décret organique du 22 janvier 1852, article 1^{er} : le Conseil d'Etat propose les décrets qui statuent sur le contentieux administratif. »

L'article 9 de la loi du 24 mai 1872 ainsi conçu : « Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse et sur les demandes formées..... contre les autorités administratives », apparaît à M. de Belbœuf comme un nouvel argument en faveur de ce qu'il soutenait en 1869. « Toujours, vous le voyez, la même expression : le contentieux administratif. A défaut d'une définition légale, il n'est pas téméraire d'affirmer que le législateur, en présence d'une jurisprudence semi-séculaire a entendu la notion du contentieux administratif dans le même sens que cette jurisprudence. S'il avait voulu comprendre dans le conten-

tieux administratif les actes accomplis dans la sphère gouvernementale, alors que le recours contre ces actes en avait toujours été exclu, assurément il n'aurait pas manqué de le dire. »

Ce texte a été invoqué aussi par d'autres auteurs qui partagent la même opinion que M. de Belbœuf. M. Ducrocq, notamment, s'en servira pour soutenir « qu'il existe un contentieux administratif et non pas un contentieux gouvernemental » (1).

Nous citerons aussi MM. Garsonnet (Cours de procédure, t. 1, p. 2), Glasson (*Rev. crit.*, p. 48-504), Simonet (Droit adm., p. 126).

En résumé, tous ces auteurs soutiennent que, du moment que les lois attributives de compétence du Conseil d'Etat, ne mentionnent que le contentieux administratif, le contentieux gouvernemental est soustrait de ce fait à la compétence du Conseil d'Etat.

Il nous semble que la raison de ce silence est bien simple : si le législateur a employé uniquement cette expression « contentieux administratif », c'est qu'il a voulu le distinguer du contentieux judiciaire.

Il nous semble aussi que la dernière partie de l'argumentation de M. de Belbœuf ne prouve pas

(1) 7^e éd., p. 87.

grand'chose. Pourquoi interpréter le silence du législateur à l'égard des actes gouvernementaux comme une approbation de la jurisprudence antérieure, qui excluait ces actes de tout recours contentieux ? Il serait plus exact de dire que le législateur, après les nombreuses contestations auxquelles avaient donné lieu jusqu'alors les actes de gouvernement, n'aurait pas manqué de définir d'une manière précise la compétence du Conseil d'Etat à l'égard de ces actes.

Nous ne considérons donc pas pour notre part ce silence du législateur comme une approbation de cette jurisprudence semi-séculaire ; nous reconnaissons, au contraire, que dans ces mots : matière contentieuse administrative, il a voulu faire rentrer toutes les attributions exécutives.

Voilà donc un premier argument de textes définitivement écarté. Voyons maintenant le second, qui est certainement le plus important. Il est tiré de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, ainsi conçu : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiennent pas au contentieux administratif. » On conclut de ce texte que si la section du contentieux persiste à rester saisie d'une affaire politique ou gouvernementale, malgré les conclusions du ministre compétent, elle peut être dessaisie par un conflit analogue à celui que l'administration a le droit d'éle-

ver devant les tribunaux judiciaires et que le Tribunal des conflits doit la déclarer incompétente.

M. Laferrière, dans son livre sur la juridiction administrative, au chapitre réservé aux actes de gouvernement, nous dit : « L'incompétence de la juridiction administrative à l'égard des actes de gouvernement, est proclamée par les lois organiques du Conseil d'Etat, notamment par l'article 47 de la loi du 3 mars 1849 et par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, qui sont conçus en ces termes : « Les ministres.... ». Cette disposition a surtout en vue les actes de gouvernement, ainsi que l'expliquait M. Vivien, rapporteur de la loi organique de 1849. », et M. Laferrière cite le passage du rapport de M. Vivien, où se trouve exposée la théorie de l'acte de gouvernement que nous avons donnée plus haut.

Voici donc M. Laferrière invoquant l'autorité de M. Vivien, qui définit l'acte de gouvernement par son but politique. Mais nous savons que le législateur du 24 mai 1872, en ce qui concerne l'organisation du Tribunal des conflits, a copié la loi du 3 mars 1849. La loi de 1872 consacrerait donc la théorie du mobile politique. Cette conclusion, les auteurs tels que M. Laferrière, qui définit l'acte de gouvernement par sa nature, ne l'admettent pas, mais alors, pourquoi invoquer le rapport de M. Vivien pour expliquer l'article 47 de la loi du 3 mars

1849, s'ils rejettent son autorité quand il faut définir l'acte de gouvernement.

Le rapport de M. Vivien ne peut donc pas servir d'argument à M. Laferrière pour expliquer comme il l'entend l'article 47.

On comprendrait peut-être l'interprétation de cet article dans le sens que lui donne M. Laferrière, si les mots « affaires qui n'appartiennent pas au contentieux administratif » ne pouvaient pas désigner autre chose que les affaires gouvernementales ; mais la disposition de l'article 47 ne pourrait-elle pas s'appliquer tout aussi bien aux litiges appartenant au contentieux judiciaire ou à ceux relatifs aux actes d'administration discrétionnaire ? pourquoi alors ne parler que des actes de gouvernement ? Il est bien évident que le ministre de la justice ne manquerait pas de dessaisir par la voie du conflit la section du contentieux qui se déclarerait compétente pour connaître une question appartenant au contentieux judiciaire.

Un amendement avait été proposé lors de la discussion de l'article 47 par la Commission pendant la séance du 2 mars 1849 : « Le ministre de la Justice a le droit de revendiquer les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Si le ministre allègue que l'affaire est de la compétence judiciaire, la demande en revendication est portée devant la juridiction des conflits.

Cet amendement fut rejeté comme inutile. N'est-il pas vrai que si le législateur avait songé aux actes de gouvernement, il aurait rejeté cet amendement en précisant qu'il s'agissait bien de ces actes ?

Certains auteurs contestent au ministre le droit de réclamer contre les empiètements du Conseil d'Etat sur le domaine de l'autorité judiciaire. Nous ne partageons pas cette opinion, mais même en admettant qu'elle soit exacte, il n'en résulte pas moins que l'article 26 s'applique aux affaires que l'administration accomplit dans les limites de son pouvoir discrétionnaire. Nous concluons donc que les affaires qui ne rentrent pas dans la compétence de la section du contentieux et auxquelles l'article 26 fait allusion, ne sont pas de l'ordre gouvernemental, mais bien de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif pur.

Le rapport de M. Vivien, auquel M. Laferrière fait allusion dans le passage que nous avons cité plus haut, non seulement ne peut faire loi puisqu'il proclame la théorie du mobile alors que celle-ci a été rejetée par la doctrine et la jurisprudence modernes, mais bien plus encore ce rapport comporte un texte qui n'a été adopté par le législateur de 1849 qu'après avoir été profondément modifié.

L'article 47 est un de ceux qui ont entraîné dans l'Assemblée législative de 1849, des débats inter-

minables. Il fut l'objet de deux longues délibérations : l'une pendant les séances des 26 et 27 janvier, l'autre pendant les séances des 1^{er} et 2 mars 1849.

Dans le texte primitif que présentait la commission à l'Assemblée législative, c'était le Conseil d'Etat en Assemblée générale, et non le Tribunal des conflits, qui statuait sur les revendications ministérielles. Mais l'Assemblée législative estima que les droits des particuliers et leurs intérêts privés n'étaient pas suffisamment protégés par ce système, qui pouvait porter le Conseil d'Etat à se prêter trop complaisamment aux sollicitations du ministre revendiquant. Le Tribunal des conflits lui parut, avec juste raison, offrir des garanties d'indépendance plus sûres, et c'est pourquoi elle modifia le texte de la commission en obligeant le ministre à revendiquer devant le Tribunal des conflits.

Ce ne fut pas sans difficultés que ce texte fut adopté. L'article 46 statuait sur le cas où la section du contentieux rendait une décision contenant excès de pouvoir ou violation de la loi. Le Conseil d'Etat en Assemblée générale pouvait annuler cette décision. Un amendement de M. Raudot voulait donner ce pouvoir d'annulation au Tribunal des conflits ; il fut repoussé.

MM. Odilon Barrot et Isambert, à propos de l'article 47, qui, nous venons de le dire, admettait

dans son texte primitif la compétence du Conseil d'État en Assemblée générale, pour annuler les décisions prises par la section du contentieux comme n'étant pas de sa compétence, demandèrent que ce pouvoir d'annulation fût confié au Tribunal des conflits. Cet amendement fut adopté, mais avec difficulté, car plusieurs de ceux qui l'avaient repoussé à propos de l'article 46 n'avaient pas tout d'abord saisi l'opportunité de l'adopter à propos de l'article 47, et cela parce qu'ils ne distinguaient pas suffisamment le sens des deux articles 46 et 47.

L'article 46 visait les actes de la section du contentieux, contenant un excès de pouvoir ou une violation de la loi, tandis que l'article 47 visait un cas de violation de la loi consistant à juger une affaire qui n'appartenait pas à la section du contentieux administratif. L'intervention du Tribunal des conflits était bien plus logique dans le cas de l'article 47, où il s'agissait d'une question de compétence à trancher, que dans le cas de l'article 46, où aucune question de compétence n'était soulevée.

Ce qui ressort de ces longues délibérations, c'est que aucun des orateurs n'a parlé des actes de gouvernement. Ce qu'on avait uniquement en vue, c'était d'empêcher l'envahissement du contentieux sur le domaine de l'administration pure. On n'a toujours parlé que du contentieux et de l'administration. Le ministre de la Justice, M. Odilon Bar-

rot, dut revenir à cinq reprises à la tribune lors de la première délibération des 26 et 27 janvier, pour obtenir de l'Assemblée le texte qui existe encore.

Le ministre disait, le 26 janvier : « Il y a une distinction profonde entre l'administration pure et le contentieux. L'administration pure, c'est l'appréciation de ce qui est utile ou dangereux en administration sous la responsabilité de l'administration... Le droit n'admet pas cet arbitraire... Quand il y a un droit, il n'y a que la loi à appliquer à ce droit. Le contentieux qui reconnaît le droit, qui applique la loi, fait une véritable fonction de juge. » Revenant pour la quatrième fois à la tribune, il ajoutait : « Je vous demande donc pour le cas où le pouvoir exécutif revendiquerait sur le Conseil d'Etat un acte de pure administration, ou pour le cas où le Conseil d'Etat revendiquerait comme acte contentieux un acte de pure administration et où le conflit s'établirait entre ces deux pouvoirs, que ce conflit soit jugé par le haut tribunal de compétence que vous avez institué. » (1)

Les orateurs qui se succédèrent à la tribune, MM. Isambert, Crémieux, Martin et Victor Lefranc, se placèrent au même point de vue. « Le contentieux veut usurper sur l'administration », dit M. Cré-

(1) *Moniteur Universel*, p. 290.

mieux. « Le contentieux empiéterait sur l'administration », dit M. Martin (de Strasbourg). « Il s'agit des contestations entre le contentieux de l'administration et l'administration pure », dit M. Victor Lefranc. Chez aucun on ne voit apparaître ni l'idée, ni l'expression d'acte de gouvernement.

Arrivons à la troisième délibération, c'est-à-dire à celle qui précéda immédiatement le vote ; elle nous donne, comme le dit M. Brémont, la pensée du législateur au moment psychologique important. M. de Parieu, au nom de la commission, et d'accord avec le ministre de la Justice, M. Barrot, qui était revénu sur sa première idée, redoutant peut-être la trop grande indépendance du Tribunal des conflits, proposa de rédiger l'article 47 comme suit : « Le ministre de la Justice a le droit de revendiquer les affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Si le ministre allègue que l'affaire est de la compétence de l'autorité judiciaire, la demande en revendication est portée devant la juridiction des conflits, organisée par l'article 89 de la constitution. Si le ministre allègue que l'affaire appartient au gouvernement sous sa propre responsabilité, il est statué sur la demande en revendication par le Président de la République en conseil des ministres. »

M. de Parieu distinguait deux espèces de conflits

et disait : « Le conflit peut exister entre l'autorité judiciaire et l'autorité qui préside aux jugements du contentieux administratif... Il existe une autre nature de difficultés qui peut résulter de ce qu'une affaire se présente avec un caractère mixte et indécis comme appartenant d'un côté au contentieux administratif et de l'autre au pouvoir administratif pur, c'est-à-dire au pouvoir exécutif. » Pour lui, il n'est donc pas question d'acte de gouvernement au sens technique du mot ; chez tous les orateurs, défenseurs ou adversaires de l'amendement, il est incontestable que les expressions administration et gouvernement sont synonymes.

M. Martin, de Strasbourg, qui fit rejeter la thèse du gouvernement, mérite d'être cité, car il nous permet de nous rendre compte d'une façon bien nette du vrai côté de la question débattue. M. Martin disait : «... Il peut arriver que lorsque une question en litige est soumise au Tribunal administratif le ministre vienne soutenir qu'il n'y a pas là un véritable litige, une véritable contestation ; qu'il n'y a pas une question à faire juger par un tribunal, qu'il s'agit d'apprécier un pur acte d'administration ; alors, l'administration vient revendiquer elle-même le droit de tout décider... qu'il me soit permis de rendre l'assemblée juge de quelques exemples, de lui faire voir dans quelle situation ces questions pourraient s'élever et elle verra s'il est possible de laisser les citoyens sans une

garantie complète pour leurs propriétés et pour leurs droits. La confection de travaux publics, de routes, de chemins de fer, voilà des actes de pure administration. Eh bien, il peut arriver que par ces travaux, on touche à ma propriété, qu'on lui cause un dommage, qu'on porte atteinte à ma fortune, qu'on laisse creuler ma maison. Il y a là un tort causé, il y a droit à une réclamation; le propriétaire demande une indemnité, et à qui s'adresse-t-il ? Il s'adresse au Tribunal du contentieux, qui examine s'il y a eu faute, s'il y a eu tort, s'il y a eu un véritable dommage et apprécie l'indemnité. Eh bien ! où serait la garantie des citoyens, des propriétaires, si, dans une question comme celle-là le ministre pouvait venir dire : « Il n'y a eu qu'un acte de pure administration, aucun droit n'est lésé ; je suis seul juge de la question du dommage, du tort que j'ai causé ; je prétends qu'il n'y a pas eu de ma faute, et comme je n'ai exercé qu'un acte de pure administration, il ne peut y avoir droit à aucune action véritable ; je revendique l'affaire devant la responsabilité ministérielle... Et dans toutes ces situations vous admettez que le pouvoir exécutif se trouverait tout puissant ; qu'il peut, en invoquant purement et simplement sa responsabilité, maintenir tous ces actes illégaux !... et vous laisserez les citoyens sans recours, sans garantie, sans juridiction !... Ce qu'on vous propose est même contraire à tout ce qui se faisait sous la monar-

chie. Sous la monarchie, par exemple, il pouvait arriver qu'une ordonnance royale elle-même, qui avait été rendue sans formalités, sans qu'on ait observé les conditions prescrites par la loi, qu'une ordonnance royale fût déférée au contentieux, que le Conseil d'Etat l'annulât... Et pourquoi ? Parce que le pouvoir exécutif, même sous la monarchie, n'a que le droit d'exécuter d'une manière conforme à la loi ; et quand il s'écarte de la loi, quand il viole les conditions, les formalités prescrites par la loi, ses actes n'ont aucune valeur légale et constitutionnelle, et il faut une autorité qui puisse les apprécier, les contrôler et les redresser. »

Ce discours, qui a entraîné le rejet de l'amendement additionnel à l'article 4 proposé par la commission et le gouvernement, contient bien la véritable inspiration de l'article 47 de la loi de 1849 devenu l'article 26 de la loi de 1872. L'Assemblée attribuait au Tribunal des conflits qui lui paraissait offrir plus de garantie pour le droit des particuliers, la connaissance du conflit pouvant s'élever entre le pouvoir administratif pur et le Conseil d'Etat.

Le rapport de M. Vivien ne peut donc avoir aucune autorité pour expliquer l'article 26 de la loi de 1872 puisqu'il se réfère à un texte dont la Chambre a modifié la rédaction sur les points principaux. Il résulte enfin de ces longs débats que le législateur de 1849 a considéré les expressions administration

et gouvernement, comme synonymes et qu'il n'a jamais fait allusion, même indirectement, aux actes de gouvernement.

Nous concluerons donc que la subdivision des actes de puissance publique en actes de gouvernement et actes administratifs doit être rejetée, car elle ne trouve sa base, ni dans les textes fondamentaux du droit public, ni dans les textes spéciaux.

III. *Peut-on justifier par une doctrine et une jurisprudence constante la distinction entre le gouvernement et l'administration ?*

Sous la Restauration et sous la Monarchie de Juillet, nous ne voyons pas cette distinction apparaître chez les publicistes éminents qui ont fondé la science du droit administratif ; quelques-uns remarquent bien une certaine distinction entre le gouvernement et l'administration, mais ils n'arrivent pas cependant à lui faire produire des conséquences juridiques.

Henrion de Pansey (De l'autorité judiciaire en France, 3^e édit., 1827, t. 2). le baron de Gérando (Institutes du droit administratif, 2^e édit., 1842), Foucart (Eléments de droit public, 3^e édit, 1843, t. I, p. 123), séparent bien théoriquement le gouvernement de l'administration, mais quand ils établissent la théorie du contentieux administratif, ils

n'en excluent nullement les actes, dits aujourd'hui gouvernementaux.

M. Rodolphe Chauveau (Principes de compétence et de juridiction administrative) oppose le mot gouverner au mot administrer, et le pouvoir exécutif pur à l'administration active, mais il ajoute (t. II, p. 3) : « Je n'attache pas une importance décisive à cette division doctrinale, et on pourrait sans inconvénient grave, confondre les attributions du pouvoir exécutif pur avec celles de l'administration active au premier chef. Cependant, je maintiens cette division, parce que l'expérience m'a fourni la preuve qu'elle servait au moins à s'orienter. »

M. Le Rat de Magnitot (Dictionnaire de droit public, 1836), MM. Blanche et Imbert (Dictionnaire d'administration), n'indiquent même pas cette distinction.

M. Macarel (Tribunaux administratifs, 1828) donne des définitions qui excluent nettement la théorie actuelle. Il définit le gouvernement : « Le pouvoir qui fait les lois, qui a pour mission spéciale de diriger la société dans les voies de son développement et de pourvoir sans cesse à sa conservation. » Puis il ajoute : « L'administration, c'est l'action vitale du gouvernement ; et, sous ce rapport, elle en est le complément nécessaire ; il est la tête, elle est le bras de la société. L'administration est donc le gouvernement du pays,

moins la confection des lois et l'action de la justice entre particuliers. »

M. Bouchené-Lefer (dans son *Droit public et administratif*, 183, t. I), confond le pouvoir exécutif tout entier avec l'administration. Pour lui, il n'est nullement question d'actes de gouvernement, et en 1862, dans ses *Principes de droit public et administratif*, il ira jusqu'à dire que le recours pour excès de pouvoir est possible contre les actes des autorités exécutives ou administratives (p. 124).

Ce n'est qu'à partir du deuxième Empire que la thèse de l'acte du gouvernement s'est montrée bien caractérisée. Elle fut inaugurée nous l'avons déjà vu, par M. Dufour. Depuis lors, elle a subi de nombreuses transformations. Les auteurs n'ont pu s'entendre pour arriver à un critérium qui permît de classer d'un côté les actes gouvernementaux et de l'autre les actes administratifs ; on sait qu'il y a autant de définitions et d'énumérations différentes que d'auteurs ; que les divergences sont très grandes au point de vue des conséquences de ces actes. Si presque tous les auteurs admettent l'existence de ces actes en tant que groupe soumis à un droit exceptionnel, il ne faut pas oublier ceux qui nient nettement la distinction en deux grands groupes des actes de l'autorité exécutive, à chacun desquels on appliquerait un régime différent.

L'unanimité, nous ne la trouvons donc pas chez

les auteurs. Il va nous être facile de reconnaître qu'elle n'existe pas davantage dans la jurisprudence.

C'est sous la Restauration qu'on trouve les premiers arrêts opposant aux plaideurs la fin de non-recevoir tirée de la nature gouvernementale de l'acte.

Parmi les arrêts que citent les partisans de la théorie de l'acte de gouvernement, les plus nombreux sont relatifs à des réclamations basées sur des traités diplomatiques, ou à des demandes en indemnité pour dommages causés par la guerre. Or, ces arrêts se bornent à déclarer « qu'à raison de ces faits, aucune réclamation contentieuse ne peut s'élever » ; ils ne sont pas motivés, ils n'établissent pas nettement la distinction entre l'acte administratif et l'acte gouvernemental.

Faits de guerre :

Conseil d'Etat, 26 mars 1823.

Conseil d'Etat, 21 mai 1823.

Conseil d'Etat, 11 fév. 1824.

Conseil d'Etat, 10 août 1825.

Conseil d'Etat, 7 fév. 1834.

Conseil d'Etat, 7 août 1835.

Conseil d'Etat, déc. 1836.

Traités diplomatiques :

Conseil d'Etat, 5 sept. 1842.

Conseil d'Etat, 1^{er} fév. 1844.

D'autres rejettent bien aussi des pouvoirs comme s'agissant d'actes souverains ou d'actes qui ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse, mais on ne saurait voir dans ces arrêts la théorie de l'acte de gouvernement. Rien dans leurs rédactions ne permet de croire que la vraie raison, qui soustrait ces diverses réclamations au recours contentieux, se trouve dans une distinction entre les actes gouvernementaux et les actes administratifs.

Les arrêts qui admettent bien cette théorie sont les arrêts qui rejettent les réclamations des membres des familles ayant régné sur la France. On peut voir en eux l'origine de la théorie qu'exposera plus tard la doctrine sous le second Empire.

Ces arrêts, assez nombreux sous tous les régimes, emploient en général la formule suivante : « Considérant que les questions à résoudre se rattachent à des actes de gouvernement qui ne peuvent nous être déférés par la voie contentieuse. »

Conseil d'Etat cont. 1^{er} mars 1822.

Paris, Cour d'appel, 2 mars 1829.

Conseil d'Etat cont. 5 déc. 1838.

Conseil d'Etat cont. 22 août 1839.

Avec le second Empire s'affirme d'une façon très nette la théorie dite du mobile, que nous avons définie au commencement de cette étude ; la formule qu'emploient les arrêts est plus précise que celle citée plus haut : « Considérant que l'acte est un

acte politique et de gouvernement. » Mais ce n'est pas la théorie qui est aujourd'hui en faveur, et que l'on désigne par cette expression : théorie de la nature de l'acte.

L'unanimité, nous ne la trouvons donc ni parmi les auteurs, ni dans la Jurisprudence.

Cet exposé que nous venons de faire réduit à néant l'argument qu'avancent certains partisans de la doctrine que nous attaquons, argument qui consiste à dire que par son silence le législateur a voulu ratifier la jurisprudence du Conseil d'Etat et la théorie de la doctrine. Cette ratification, en effet, ne pourrait s'expliquer que si le législateur s'était trouvé en présence d'une parfaite uniformité d'opinions ; or, celle-ci, nous venons de le voir, n'a jamais existé.

CHAPITRE IV

EXAMEN DES PRINCIPAUX ACTES DE GOUVERNEMENT

Nous avons vu dans un précédent chapitre la distinction que les partisans de la théorie de l'acte de gouvernement ont voulu établir entre l'administration et le gouvernement. Ils ont essayé d'établir une ligne de démarcation bien nette entre les deux autorités administratives et gouvernementales, mais, ne pouvant aboutir à la découverte d'un critérium, il se sont contentés alors d'une simple énumération.

Il nous reste à examiner maintenant les principaux actes de gouvernement. Nous verrons que ces actes sont soumis aux mêmes règles que les actes administratifs ; ils échapperont, il est vrai, plus souvent que ceux-ci à tout recours contentieux, mais parce qu'ils présenteront le caractère d'actes de pure administration, accomplis dans des cas où le législateur a expressément ou implicitement interdit le recours contentieux et dans les

limites où l'autorité exécutive a pleine liberté d'action, ou bien parce que, vu leur caractère général, ils contiendront moins souvent la violation d'un droit privé ou la lésion d'un intérêt direct ; mais, dans tous les cas, cette exception ne pourra se justifier par le caractère gouvernemental de l'acte.

L'assimilation de ces actes de gouvernement aux actes d'administration ordinaires nous permettra donc de trouver des hypothèses dans lesquelles les actes gouvernementaux seront susceptibles d'un recours contentieux devant le Conseil d'Etat, comme nous en trouverons aussi dans lesquels les actes de l'administration proprement dite ne pourront être l'objet d'aucun recours.

Nous motiverons pour chaque cas la suppression du contrôle juridictionnel et nous verrons que les divers motifs invoqués pour justifier cette suppression ont plus de valeur que l'argument tiré de la nature gouvernementale de l'acte.

I

RAPPORTS DU GOUVERNEMENT AVEC LES CHAMBRES

Les rapports du gouvernement avec les Chambres, dit M. Laferrière, sont réglés par les lois constitutionnelles. Les décrets auxquels ils donnent lieu ont le caractère d'actes de gouvernement et

échappent à tout recours devant la juridiction administrative. Tels sont les décrets par lesquels le Président de la République convoque ou ajourne les Chambres, prononce la dissolution de la Chambre des députés, promulgue les lois votées par le Parlement (1).

Nous aussi, nous nions cette intervention de la juridiction administrative ; nous jugeons cependant inutile d'invoquer le caractère gouvernemental de l'acte présidentiel ; cet acte échappe bien, en effet, à tout recours, mais simplement par application des principes ordinaires du contentieux administratif.

Un simple particulier peut-il attaquer le décret du Président de la République ordonnant la dissolution des Chambres, alors que le Sénat n'a pas été consulté au préalable ? Non. Pourquoi ? Parce qu'il est de règle, en matière de recours contentieux, qu'un particulier ne peut former un recours pour excès de pouvoir contre un acte, seulement lorsqu'il a un intérêt direct et personnel. « L'intérêt doit être direct et personnel ; il ne saurait se confondre avec l'intérêt général et impersonnel que tout citoyen peut avoir à ce que l'administration se renferme dans les bornes de la légalité ; un tel intérêt peut suffire pour inspirer une pétition aux

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 32.

Pouvoirs publics, mais non pour justifier une action devant une juridiction contentieuse ; cette action ne peut se fonder que sur les intérêts propres du réclamant, car les intérêts généraux ont des représentants, investis d'un caractère public, auxquels de simples particuliers n'ont pas le droit de se substituer ». Or, dans le cas que nous considérons, un simple particulier a-t-il vraiment un intérêt direct et personnel à ce que le Conseil d'Etat annule le décret de dissolution de la Chambre, comme étant entaché d'excès de pouvoir. Non, évidemment. Pas plus d'ailleurs qu'un simple particulier, un député ou un sénateur ne sera fondé à se servir du recours contentieux pour faire annuler le décret. Il semblerait cependant que le représentant d'une portion du pays puisse dire que le décret paralyse le mandat qu'il a reçu de ses électeurs. Mais, pour faire admettre sa réclamation, quelle serait la juridiction compétente ? Le Conseil d'Etat ? Non, car il ne peut être arbitre entre un membre du pouvoir législatif, invoquant comme argument sa qualité de député, et le pouvoir exécutif lui-même. Pour la même raison, toutes les autres juridictions sont incompétentes.

En théorie, certainement, la Chambre et le Sénat peuvent protester contre un décret illégal du Président de la République, de prorogation, de suspension ou de dissolution, mais, en fait, il ne

leur est pas possible de faire annuler ce décret par la voie du recours contentieux. Le chef de l'Etat est bien justiciable du Conseil d'Etat, mais non la Chambre ou le Sénat. « Il serait peut-être désirable qu'il existât un tribunal assez haut placé dans l'opinion publique et assez éloigné des luttes de parti, pour trancher avec toute l'autorité qui appartient à un juge impartial et éclairé, les conflits de droit constitutionnel qui peuvent surgir entre les divers pouvoirs. Mais ce Tribunal, qui serait sans doute difficile à organiser, n'existe pas, et le Conseil d'Etat, simple corps administratif, ne peut en tenir lieu. » (1)

Le Conseil d'Etat peut-il connaître des réclamations concernant le retard ou le refus de la part du gouvernement de présenter un projet de loi au corps législatif ? Non, car aucun texte de loi ne limite l'initiative législative du pouvoir exécutif. M. Laferrière voit, au contraire, dans les deux arrêts du Conseil d'Etat que nous allons citer, et concernant cette initiative, une application de sa théorie de l'acte de gouvernement.

Le premier arrêt, en date du 12 mars 1853, a été rendu à la suite de difficultés survenues entre l'Etat et le prince de Wagram, au sujet d'un échange de bois faisant partie du domaine de l'Etat et

(1) Michoud, *op. cit.*, p. 51.

remontant à 1814. Le prince de Wagram avait conclu à ce que le Ministre des finances fît confirmer cet échange par le pouvoir législatif. Le Conseil d'Etat rejeta la requête, considérant que les questions relatives à la présentation des projets de loi au Corps législatif ne peuvent être soumises au Conseil d'Etat par la voie contentieuse.

Un autre arrêt, du 17 février 1888 confirme encore cette décision. Le Ministre de l'intérieur avait refusé de présenter un projet de loi tendant à l'érection en deux communes distinctes des deux sections de communes de Bellevue et du Bas-Meudon. Le Conseil d'Etat rejeta les réclamations des sieurs Prévost et consorts, « considérant que les actes du Pouvoir exécutif concernant ses rapports avec le Parlement, ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse ».

Dans ces deux arrêts, on voit qu'il n'est nullement question d'actes de gouvernement.

La théorie courante fait également rentrer dans la classe des actes de gouvernement les décrets de convocation des électeurs pour la nomination des sénateurs et députés. Nous trouvons, en effet, des lois qui limitent le pouvoir exécutif ; ainsi, la convocation ne peut avoir lieu que lorsqu'il y a vacance du siège de sénateur ou de député ; elle doit suivre la vacance dans un certain laps de temps ; un certain délai doit s'écouler entre la convocation et l'élection ; en cas de ballottage, il doit y

avoir un certain intervalle entre les deux scrutins, etc., etc. Si dans un décret de convocation le chef de l'Etat ne se soumet pas à ces conditions, n'y a-t-il pas excès de pouvoir et par conséquent, recours au Conseil d'Etat ?

M. Aucoc rejette le recours, en alléguant toujours le caractère gouvernemental de l'acte (1). Cette raison nous paraît insuffisante et devoir s'appliquer par ce motif que les décrets du chef de l'Etat ne peuvent nuire par eux-mêmes, ni aux candidats, ni aux électeurs. Les décisions de la doctrine et de la Jurisprudence viennent d'ailleurs à l'encontre de la théorie de M. Aucoc. Elles admettent que le contentieux des actes préalables à l'élection est absorbé par le contentieux de l'élection elle-même.

Nous pouvons citer tout d'abord en ce sens un arrêt du Conseil d'Etat du 4 avril 1884. Le sieur Vienot avait été élu, le 5 août 1881, membre du Conseil colonial de la circonscription de Saïgon en remplacement du sieur Boet, décédé, dont le sort de l'élection était pendant devant le Conseil d'Etat. L'élection du sieur Boet ayant été annulée le 12 juillet 1882, le gouverneur convoqua alors à nouveau les électeurs par les motifs que le mandat conféré au sieur Boet et à ses successeurs était nul, par suite de la décision du Conseil d'Etat. Le

(1) Conférences, I, p. 38.

sieur Vienot réclama, par la voie du recours, pour excès de pouvoir, mais le Conseil d'Etat rejeta sa réclamation pour le motif que nous indiquions plus haut. « Considérant que, d'une part, l'arrêté du gouverneur n'était point susceptible de porter atteinte aux droits résultant d'actions précédentes ; que, d'autre part, il laissait à tout électeur la faculté de contester devant le Conseil du contentieux la validité du scrutin auquel il devait être procédé à la suite dudit arrêté en se fondant notamment sur ce que le gouverneur aurait fait une fausse application du décret du 8 février 1880 ; que, dès lors, le sieur Vienot n'est pas recevable à attaquer pour excès de pouvoir l'arrêté de convocation ci-dessus visé. » (1)

Citons enfin un autre arrêt du Conseil d'Etat du 6 février 1885. Le gouverneur des Etablissements français dans l'Inde avait ajourné la révision des listes électorales et fixé cette opération dans la période du 10 mars au 10 juin, alors que la loi décide que cette opération doit avoir lieu du 1^{er} janvier au 31 mars de chaque année. Un électeur, le sieur La Porte, réclama par la voie du recours, pour excès de pouvoir, recours qui fut rejeté par le Conseil d'Etat. « Considérant que si c'est à tort que le gouverneur a ajourné la révi-

(1) D. 86-3-99.

sion des listes et fixé pour cette opération une époque autre que celle qui est prévue par la loi, le sieur La Porte, électeur dans l'Inde française, ne justifie point, en ladite qualité, d'un intérêt direct et personnel qui puisse le rendre recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des arrêtés attaqués ; que, d'ailleurs, ces actes ne faisaient pas obstacle à ce que le sieur La Porte, en sa dite qualité d'électeur, contestât, s'il s'y croyait fondé, devant la juridiction compétente, la validité, soit des opérations de la révision des listes, soit des élections elles-mêmes, lorsqu'il y aurait été procédé ; que, dès lors, les requêtes du sieur La Porte doivent être rejetées comme non recevables. » (1)

Les actes préalables à une élection ne sont, par conséquent, appréciés qu'après l'élection et par le juge de cette élection. Pour les actes préparatoires à l'élection d'un député ou d'un sénateur, ils seront discutées devant la Chambre des députés ou devant le Sénat lors de la vérification des pouvoirs.

Nous arrivons donc au même résultat que celui des partisans de l'acte de gouvernement, mais en expliquant l'irrecevabilité des recours contre les différents actes cités, par l'application des règles ordinaires du droit administratif.

(1) D., 1886-3-99.

« Des auteurs, dit M. Hauriou, enseignent, en se plaçant au point de vue du droit idéal, que la catégorie des actes de gouvernement doit être supprimée, et d'ailleurs, une savante analyse les conduit à cette constatation que dans la plupart des cas elle est inutile, car pour d'autres raisons les recours n'aboutiraient pas. Ils oublient qu'il s'agit justement de ne pas laisser s'engager la procédure sur ces recours et de les écarter par une question préalable, et, qu'en politique, la question préalable a une grosse importance. » (1)

A quoi M. Brémond répond : « Nous élevons aussi contre les recours contentieux une fin de non-recevoir qui constitue bien une véritable question préalable. Seulement, au lieu de fonder cette fin de non-recevoir sur un prétendu caractère gouvernemental à l'existence duquel nous ne croyons pas nous la fondons sur le principe que le pouvoir législatif n'est pas justiciable des juridictions administratives. Le résultat, au point de vue de la procédure, est absolument le même. » (2)

(1) *Op. cit.*, p. 192.

(2) *Op. cit.*, p. 48.

II

RAPPORTS INTERNATIONAUX

La doctrine admet que les conventions diplomatiques et les décisions que prend chaque gouvernement pour en assurer l'exécution constituent des actes de gouvernement et cette opinion est consacrée par quelques décisions de jurisprudence.

L'action diplomatique, dit M. Laferrière, sous quelque forme qu'elle se manifeste, rentre dans les attributions gouvernementales du pouvoir exécutif et non dans ses attributions administratives. En effet, les pouvoirs d'administration de chaque Etat expirent à sa frontière. Au-delà, les rapports qui s'établissent entre les puissances, les conventions qui se forment, les décisions que prend chaque partie contractante pour en assurer l'exécution, sont des actes politiques et de gouvernement qui échappent, par leur nature, à la censure et au contrôle de toute juridiction. » (1)

Nous pourrions citer aussi Aucoc (*Conférences*, t. I, n° 289) et Duerocq (*Cours de droit administratif*, t. I, n° 64).

Ici encore nous considérons comme exactes la

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 44.

plupart des solutions admises, mais nous nous refusons à invoquer la théorie des actes de gouvernement.

Il est admis par tout le monde que les tribunaux français, quels qu'ils soient, d'ordre civil ou administratif, ne peuvent dans aucun cas annuler les traités passés par le gouvernement français avec les gouvernements étrangers, ni statuer sur l'étendue des obligations réciproques. Un traité constitue, en effet, entre les Etats qui y participent, un contrat ; il est donc naturel qu'il soit réservé au gouvernement seul de chacun de ces Etats le pouvoir d'interpréter ces traités ; lui seul en connaît la véritable pensée. Si les tribunaux avaient dans chaque Etat ce droit d'interprétation, il s'ensuivrait des jurisprudences en sens contraire, capables de froisser la susceptibilité des contractants. Si donc une difficulté surgit à propos de l'interprétation d'un traité, ce sera par voie de convention entre les Etats intéressés, que se règlera cette difficulté.

Mais faut-il généraliser ? Le droit d'interprétation sera-t-il dans tous les cas une prérogative du gouvernement ? Quand il s'agira, par exemple, de questions litigieuses intéressant seulement les droits privés, les tribunaux administratifs ou judiciaires devront-ils se déclarer toujours incompétents ?

M. Béquet reconnaît aux conventions internatio-

nales un double caractère : caractère de loi et de contrat synallagmatique, et il nous dit : « De ce double caractère, il résulte que les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'interpréter ce traité selon la nature du débat et la qualité des personnes entre lesquelles il surgit. S'agit-il de matières soumises par le droit des gens à la juridiction locale telle que celles qui concernent les biens et leur transmission, ou s'agit-il de regnicoles justiciables, à raison de leur nationalité, des tribunaux français, ceux-ci doivent considérer les traités comme des lois qu'ils ont le pouvoir et le droit d'interpréter. S'agit-il, au contraire, de matières dans lesquelles l'ordre public ou le droit des gens sont intéressés, l'interprétation des traités diplomatiques échappe à la compétence des juges quels qu'ils soient, parce que leur décision pourrait constituer un empiètement sur le droit de souveraineté de la nation avec laquelle la convention internationale est intervenue. » (1)

« En cette matière, disait M. l'avocat général Reverchon, devant la chambre des requêtes, il faut se demander si la décision à rendre par les tribunaux français est de nature à exiger l'appréciation d'un acte émané d'un gouvernement étranger et, par suite, à influencer sur les relations de ce gou-

(1) *Op. cit.*, n° 294.

vernement avec le gouvernement national, auquel cas l'autorité judiciaire doit renvoyer à celui-ci la question qu'il s'agit de résoudre. » (1)

Il est unanimement reconnu par la doctrine que les tribunaux seront compétents, seulement lorsqu'il s'agira de contestations intéressant uniquement les particuliers. Que devient donc, avec cette solution, la théorie de l'acte de gouvernement ? Ceux qui l'admettent manquent de logique puisqu'ils cherchent à donner une justification à l'intervention des tribunaux.

M. Michoud n'admet pas l'intervention des tribunaux pour connaître de la réclamation d'un tiers contre son gouvernement à raison d'une obligation contractée par celui-ci dans un traité diplomatique, parce que, dit-il, il s'agit d'une obligation qui est contractée de gouvernement à gouvernement, quelle que soit, du reste, la personne qui doit profiter de la stipulation. Et il ajoute : « C'est le propre du droit international de poser des règles dont aucun tribunal ne peut assurer l'observation ; le gouvernement qui a pris un engagement dans un traité est très régulièrement obligé, mais la sanction de son obligation ne peut être autre que la sanction imparfaite de toutes les obligations du

(1) Req. 6 Janv. 1873. D. P. 73-1-117.

droit des gens. » (1) Cette thèse trop absolue est contestable et nous reconnaissons avec M. Brémond que, si en général les obligations naissant des conventions diplomatiques sont privées de sanctions, il ne faut pas cependant généraliser. Il est juste que les particuliers puissent obtenir des tribunaux les avantages que leur gouvernement s'est engagé à leur procurer. Du moment qu'il ne s'agit plus d'une contestation entre les deux gouvernements contractants, la décision du juge français ne nuira en rien au gouvernement étranger.

Si le gouvernement, pour remplir ses obligations envers un gouvernement étranger, s'adresse aux particuliers, soit en traitant avec eux, soit en leur imposant des sacrifices, les tribunaux français seront-ils compétents pour connaître des réclamations portées devant eux à l'occasion de ces actes.

Nous ferons tout d'abord observer que pour beaucoup d'auteurs les mesures prises en vue de l'exécution des traités diplomatiques, revêtent le même caractère que ces traités. « Les actes d'exécution participent du caractère diplomatique et gouvernemental de la convention et ils échappent comme elle à toute réclamation devant la juridic-

(1) *Op cit.*, p 57.

tion contentieuse, quelle que soit l'autorité dont ils émanent : soit le ministre des affaires étrangères, à qui appartient plus spécialement l'exécution de ces conventions diplomatiques, soit des diverses autorités dont il peut emprunter accidentellement le concours. » (1) L'acte lui-même étant soustrait au contrôle des tribunaux, les mesures d'exécution prises à propos de cet acte ne seraient donc susceptibles d'aucun recours. M. Brémont ne partage pas cette opinion. « Autre chose, dit-il, est une mesure générale, autres choses sont les diverses décisions de détail qu'il faudra prendre pour en procurer l'exécution. Les deux catégories d'actes pourront, sans doute, avoir la même nature, mais rien n'indique *a priori* qu'il doive en être ainsi ; cela dépendra des circonstances. Un décret pris pour assurer l'exécution d'une loi ne devient pas pour cela un acte législatif. » (2)

Nous considérerons aussi, quant à nous, ces mesures prises pour l'exécution des conventions internationales comme des mesures ordinaires qu'il n'y a aucun motif de soustraire aux règles normales du droit national. Si le gouvernement lance un emprunt pour payer une contribution de guerre, cet emprunt sera soumis aux règles ordinaires de

(1) Laferrière, *op. cit.*, p. 45.

(2) *Op. cit.*, p. 54.

compétence. Si le gouvernement, en vertu d'un traité, s'est engagé à construire une forteresse, une route ou un chemin de fer, il n'est pas dispensé d'observer les dispositions nationales relatives à l'expropriation et aux travaux publics ; s'il a pris l'engagement de loger et de nourrir des troupes étrangères, il doit, s'il veut procéder par voie de réquisition, suivre les règles ordinaires sur les réquisitions de vivres et de logements.

Il est bien entendu que les tribunaux civils ou administratifs ne doivent pas apprécier l'étendue de l'obligation du gouvernement français envers le gouvernement étranger, mais seulement les rapports du gouvernement français avec ses sujets à l'occasion de ces actes.

« Il n'en serait autrement, dit M. Michoud, que si le gouvernement, se trouvant sous le coup de la force majeure, était contraint de subir des obligations pour la réalisation desquelles aucune loi interne ne peut être applicable, par exemple, de livrer des otages. Un acte de ce genre ne pourrait pas donner lieu, devant les tribunaux, à une discussion juridique, parce que ce serait un fait de force majeure, un véritable fait de guerre et que les faits de ce genre ne peuvent donner lieu à aucune action en indemnité contre l'Etat. » (1)

Pour la répartition des indemnités accordées par une puissance étrangère et destinées à réparer les

dommages causés à des nationaux, on a soutenu que ces derniers ne pouvaient former contre l'Etat aucun recours contentieux ; les uns invoquent toujours la théorie de l'acte de gouvernement, M. Laferrière soutient le caractère gouvernemental de cette répartition. Il se demande tout d'abord si l'on doit regarder comme terminée l'exécution de la convention internationale, si on ne doit pas assimiler cette répartition à une liquidation ordinaire de dettes de l'Etat ressortissant à ce titre de la juridiction contentieuse. Après avoir fait observer que le Conseil d'Etat n'a jamais admis cette thèse, il nous dit, à propos de cette jurisprudence : « Avec raison, croyons-nous, car il n'est pas exact de dire que l'exécution de la convention prend fin par la remise des fonds d'indemnité au gouvernement français ; celui-ci reçoit pour distribuer à des tiers ; cette distribution constitue de sa part l'exécution de la convention et non la liquidation d'une dette de l'Etat. C'est pourquoi la jurisprudence a toujours assimilé ces répartitions à des décisions d'ordre diplomatique, soit qu'elles fussent faites par le ministre des affaires étrangères, soit qu'elles fussent l'œuvre de commissions spéciales déléguées à cet effet. » (1)

(1) *Op. cit.*, p. 58.

M. Michoud se base sur une autre considération. Il convient que l'obligation de l'Etat vis-à-vis des tiers n'est pas seulement une obligation morale puisque de sa part il y a eu engagement d'employer la somme pour la réparation des dommages causés; mais cette obligation n'est sanctionnée par aucune loi, elle n'a sa base que dans un traité diplomatique. Les tribunaux doivent donc selon lui se déclarer incompétents. « Entre l'Etat et les victimes des dommages, la situation est la suivante : l'Etat a obtenu un secours, il le distribue à titre de secours, c'est-à-dire à titre purement gracieux, et sans qu'aucune réclamation contentieuse puisse s'élever contre la répartition qu'il en fait. »

M. Brémond, quoique étant aussi adversaire de la théorie de l'acte de gouvernement, ne partage pas l'opinion de M. Michoud. Il considère que les obligations que le droit international reconnaît sont dénuées de sanction, mais que, malgré tout, elles n'en existent pas moins et que si les circonstances permettent d'assurer l'exécution d'une sanction on ne doit pas se refuser de mettre celle-ci en mouvement, et il ajoute : « En recevant une indemnité pour le compte de ses nationaux le gouvernement français s'est substitué au gouvernement étranger ;

il y a une sorte de novation par changement de débiteur. Les créanciers français, en acceptant cette substitution, se trouvent donc créanciers de leur gouvernement et aucun obstacle ne s'élevant plus alors devant l'exercice de leurs actions, cette action doit être admise. » M. Brémont reconnaît donc aux nationaux français le droit d'intervenir pour la répartition des sommes allouées au gouvernement français par un gouvernement étranger à raison des dommages causés à ses nationaux.

Peut-on attaquer le gouvernement par la voie contentieuse parce que celui-ci n'aura pas fait diligence pour obtenir d'un gouvernement étranger réparation de dommages causés à ses nationaux. On refuse encore tout recours, soit pour ce manque de diligence, soit parce que le gouvernement n'aura pas pris une mesure de protection diplomatique suffisante, et on s'appuie sur l'arrêt du 12 janvier 1877 (Dupuy) : « Considérant que la requête soulève des questions relatives, soit à la protection que les agents consulaires français doivent accorder aux résidents français en pays étranger, soit à l'obligation qui existerait pour le gouvernement français de réclamer auprès des gouvernements étrangers la réparation du préjudice causé à des résidents français par les agents ou les sujets de ces gouvernements ; que ces questions se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain dans les matières de gouvernement et dans les relations internatio-

nales, et ne sont pas de nature à être portées devant le Conseil d'Etat par la voie contentieuse. »

C'est sans doute une obligation morale, mais aucune loi ne la sanctionne. Le gouvernement agit à sa guise sans avoir de comptes à rendre à qui que ce soit. Peut-il en être autrement, non. M. Lafferrière nous explique pourquoi : « La demande d'une indemnité ou de toute autre réparation adressée à un gouvernement étranger peut éveiller des susceptibilités, provoquer des résistances ou des demandes reconventionnelles qui risquent de troubler la bonne intelligence, la paix même des Etats. Le gouvernement a le droit d'apprécier souverainement non seulement la valeur des griefs, mais encore l'opportunité diplomatique de la réclamation et le plus ou moins d'insistance qu'il convient d'y apporter. »

On a assimilé aux actes diplomatiques les mesures que nos consuls ont le droit de prendre à l'égard des Français qui compromettraient le pavillon national à l'étranger. Ce pouvoir a été donné aux consuls par l'édit de juin 1778, article 82, ainsi conçu : « Dans tous les cas qui intéresseront la politique ou la sûreté du commerce de nos sujets dans les pays étrangers, pourront nos consuls faire arrêter et renvoyer en France par le premier navire de la nation, tout Français qui, par sa mauvaise conduite et par ses intrigues, pourrait être nuisible au bien général. »

M. Laferrière qualifie ces mesures d'actes de gouvernement en se basant sur les arrêts du Conseil d'Etat, qui tous décident que les réclamations contre les décisions des consuls en cette matière ne peuvent être portées devant lui par la voie contentieuse, parce qu'« elles se rattachent à l'exercice des pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique et internationale ».

Pour nous, nous expliquons ces arrêts, en disant que ces mesures prises par les consuls constituent des actes discrétionnaires.

III

FAITS DE GUERRE

Les actes accomplis au cours d'une guerre et nécessités par le combat sont insusceptibles de recours contentieux pour la réparation du dommage qu'ils ont causé. Voilà ce que la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître, mais que nous nous refusons à justifier par l'intervention de la théorie de l'acte de gouvernement.

M. Laferrière donne du fait de guerre la définition suivante : « Le fait de guerre n'est pas tout

événement occasionné par la guerre, mais seulement celui qui s'impose comme le résultat d'une force majeure ou d'une nécessité immédiate de la lutte. » Cette définition donnée, l'éminent auteur nous indique ce qu'on ne doit pas comprendre parmi les faits de guerre : 1° les opérations préparatoires, telles que l'approvisionnement des armées, la mobilisation, la concentration, les transports de troupes et de leurs équipages, les marches et manœuvres, d'armées se rendant sur le théâtre des hostilités ; 2° les mesures préventives de défense, consistant en travaux faits dans les places de guerre, à leurs abords, ou sur des points stratégiques, en vue d'un siège ou d'autres éventualités qui peuvent ne pas se réaliser ; 3° les réquisitions militaires, lorsqu'elles sont faites sur le territoire français pour les besoins des armées nationales.

On doit, au contraire, considérer comme faits de guerre : 1° tous les dommages qui proviennent du fait de l'ennemi, même de ses opérations préparatoires, car tout ce qui vient de l'ennemi a le caractère d'une contrainte et d'une force majeure s'exerçant sur le pays envahi, sur ses habitants et sur leurs biens ; 2° tous les dommages, quels qu'en soient les auteurs, qui résultent des rencontres armées, des ravages causés par les projectiles et par les combattants, des occupations, démolitions, tranchées, terrassements ou autres ouvrages faits sur

le champ de bataille ou à ses abords ; 3° toutes les occupations et destructions opérées pour la défense des places de guerre pendant l'état de siège spécial, prévu par la loi du 10 juillet 1791 et par les décrets du 24 décembre 1811 et du 10 août 1853 ; 4° et généralement tous les faits qui se rattachent aux nécessités immédiates de la lutte.

Nous admettons bien avec M. Laferrière cette distinction pour indiquer quels faits seront susceptibles ou non de recours, mais point n'est besoin de parler de la théorie de l'acte de gouvernement. S'il y a acte de gouvernement quand l'autorité militaire livre une bataille, pourquoi ne pas donner ce caractère aux mesures de précaution nécessaires que prend l'autorité militaire loin du cours des opérations stratégiques. La présence en face de l'ennemi est-elle nécessaire pour donner aux actes de l'autorité militaire le caractère d'acte de gouvernement ?

La véritable raison qui explique la différence de régime à appliquer aux actes commandés par les nécessités immédiates de la lutte est la suivante : Les faits de guerre sont des faits de force majeure au même titre que les accidents, les inondations, les incendies, les épidémies ; chacun les supporte sans en rendre personne responsable ; de même que, dans ces cas, l'Etat ne pourra pas être rendu responsable du dommage occasionné par le fait de guerre.

La seule question à se poser en pratique est celle de savoir si les faits à raison desquels on réclame une réparation devant le juge sont ou non des faits de force majeure. S'il y a eu raison majeure, il n'y aura aucun recours ouvert au particulier à fin d'indemnité, mais si l'acte dont on a été victime a été un acte calculé, voulu, un acte de prévoyance qui ne présente pas le caractère de nécessité des faits de guerre, dans ce cas alors un recours sera ouvert au particulier.

En 1871, on demanda à l'Assemblée nationale de faire supporter par toute la nation française les contributions de guerre, réquisitions et dommages matériels de toute nature, causés par l'invasion. M. Thiers combattit cette proposition : « Il s'agit, dit-il, d'un acte de bienfaisance et de générosité nationale... Je viens vous offrir un large et généreux soulagement, un soulagement qui n'est pas une dette, permettez-moi d'appuyer le mot... Savez-vous quel est le principe qui en ceci a fondé le droit ? C'est que lorsque le gouvernement a fait intentionnellement un acte avec une volonté arrêtée, non pas au hasard, mais avec réflexion, il doit l'indemnité tout entière, conséquence du dégât qu'il a causé, l'Etat n'indemnise jamais des hasards de la guerre. Il n'indemnise que des dommages volontaires, intentionnels, réfléchis, dont il

est l'auteur. » (1) M. Thiers, par son discours, entraîna l'Assemblée qui écarta le principe d'une « indemnité », d'une « dette ».

La loi du 2 septembre 1871 déclare ne pas vouloir déroger aux principes posés dans la loi du 10 juillet 1791 et dans le décret du 10 août 1853 et dit dans l'article 3 : Lorsque l'étendue des pertes aura été constatée, une loi fixera la somme que l'état du trésor public permettra de consacrer à leur dédommagement et en déterminera la répartition.

Plus tard, la loi du 14 avril 1873 alloua 260 millions aux victimes de la guerre. Aucun recours n'était possible devant les commissions chargées de répartir cette somme, les particuliers n'ayant aucun droit à une portion de cette somme qui leur était allouée seulement à titre de secours.

IV

MESURES DE SURETÉ PUBLIQUE

Une matière pour laquelle on invoque fréquemment la théorie de l'acte de gouvernement est celle des pouvoirs donnés au gouvernement pour dé-

(1) Séance du 5 août 1871. Journ. offic., p. 24-84.

fendre l'Etat contre les périls ou les fléaux qui peuvent le menacer, tels que épidémies, épizooties, inondations, disettes, troubles intérieurs, insurrections, guerres extérieures, et d'une manière générale, tout événement capable de troubler l'ordre public.

Toutes les décisions prises par l'autorité publique en ce sens, constituent d'après l'opinion courante des actes de gouvernement. Avec une pareille doctrine le gouvernement aurait un pouvoir presque absolu puisqu'il lui suffirait, pour écarter le contrôle des tribunaux, de prétexter la sûreté publique, les actes violant les droits privés lui seraient même permis. Il est inutile d'insister davantage pour démontrer le danger d'une telle doctrine.

Ce danger, M. Laferrière l'a aperçu et il a voulu y parer. Mais les restrictions qu'il veut donner pour éviter les conséquences fâcheuses de son système annihilent, comme il nous sera facile de le constater, cette fameuse théorie de l'acte gouvernemental dont il est un des plus éminents défenseurs. M. Laferrière distingue la mesure elle-même de son exécution, et à l'exécution seule il refuse le caractère gouvernemental ; les actes d'exécution sont, d'après lui, simplement administratifs.

Cette première restriction s'explique très bien : toute mesure générale prise par le gouvernement doit être soustraite au contrôle des tribunaux, car

par elle-même elle ne nuit à personne, mais dès qu'elle s'appliquera à une situation déterminée, il est possible qu'elle viole un droit privé ; il est alors évident qu'une réclamation soit recevable de la part de l'intéressé. Dans la déclaration d'état de siège, par exemple, ce qui est acte de gouvernement, c'est la mesure prise par le gouvernement, mesure impersonnelle et générale qui ne peut faire l'objet d'aucune réclamation, car il n'y a eu violation d'aucun droit privé. Mais une mesure d'exécution prise par l'autorité militaire qui aura, par exemple, ordonné l'emprisonnement d'une personne ou la saisie d'une propriété, peut certainement permettre aux particuliers victimes de ces décisions de se pourvoir par la voie contentieuse.

Nous sommes donc d'accord avec M. Laferrière. Mais à quoi bon faire appel à la théorie de l'acte de gouvernement ; elle nous est inutile. Nous avons dit que la déclaration d'état de siège par elle-même, était soustraite au contrôle des tribunaux parce que, impersonnelle et générale, elle ne pouvait violer aucun droit privé, ni léser aucun intérêt. M. Michoud ne partage cependant pas cette opinion ; il estime que pour donner aux citoyens une garantie plus complète, on doit leur accorder la possibilité de former un recours contre le décret déclaratif d'état de siège, dès le moment où il est prononcé, alors même que celui-ci ne les toucherait pas. « Sans doute, ils pour-

ront, jusqu'à un certain point, se défendre contre les conséquences de l'état de siège irrégulièrement prononcé, en recourant, non contre la déclaration elle-même, mais contre les décisions prises en vertu de cette déclaration par les autorités chargées de l'appliquer. Seulement, ce recours éventuel est insuffisant, parce que les mesures prises en vertu de l'état de siège (perquisitions, saisies des armes et munitions, interdiction de publications et réunions...), sont de nature à peser lourdement sur les personnes qui y sont soumises, et à leur causer, avant même que le recours soit matériellement possible, des dommages difficilement réparables. Les particuliers se placeront hors de toute atteinte en faisant tomber la déclaration elle-même dès le moment où elle est prononcée. » (1)

La seconde restriction que nous donne M. Lafferrière pour éviter les conséquences dangereuses de la théorie gouvernementale, est celle-ci : Le gouvernement ne peut, en dehors des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, prendre des décisions portant atteinte aux droits individuels, dans le but d'assurer l'ordre public et la sûreté de l'Etat. « Nous ne pensons pas que la théorie de l'acte de gouvernement puisse s'appliquer

(1) *Op. cit.*, p. 55.

à des mesures individuelles, qui seraient reconnues contraires aux lois. En effet, il est dans la mission du législateur de prévoir l'abus que l'on peut faire des facultés légales, de dire dans quels cas cet abus dégénère en délit ou en désordre, et de donner aux autorités administratives ou judiciaires les moyens de le prévenir ou de le repousser... Si ce devoir de vigilance n'a pas été complètement rempli, le bon ordre peut certainement en souffrir, comme il peut souffrir de toute erreur et de toute impression de la loi, mais il n'en résulte pas que les autorités publiques puissent s'investir elles-mêmes de pouvoirs que le législateur a omis de leur accorder. » (1)

Cette solution est aussi la nôtre : lorsque l'administration ne dépasse pas ses pouvoirs, aucune réclamation contentieuse n'est évidemment possible ; dans le cas contraire, s'il y a violation d'un droit, le recours devient possible.

Cette solution a été d'ailleurs consacrée par deux arrêts que nous allons citer, l'un de la Cour de Cassation, du 10 janvier 1885; l'autre du Conseil d'Etat, en date du 2 avril 1886.

Dans la première affaire, le préfet de la Charente avait, par un arrêté du 5 avril 1893, interdit dans les communes de ce département l'affichage

(1) Laferrière, t. II, p. 43. *Op. cit.*

d'un écrit politique, signé Napoléon. M. Cunéo d'Ornano, poursuivi devant le Tribunal de simple police pour avoir contrevenu à cet arrêté, fut relaxé par le Tribunal correctionnel de Cognac, statuant sur son appel, par le motif que la prohibition édictée par l'arrêté du préfet de la Charente était illégale. La Cour de cassation confirma la décision du Tribunal correctionnel : « Attendu qu'il serait manifestement contraire, tant au texte de la loi, qui dispose en termes généraux, qu'à son esprit, que l'autorité préfectorale pût emprunter aux lois précitées de 1789, 1790 et 1791, au nom de la sécurité et de la tranquillité publiques, le pouvoir de réglementation qu'elles accordaient à l'autorité municipale et que la loi du 29 juillet 1881 a fait disparaître. » (1)

L'arrêt du Conseil d'Etat du 2 avril 1886 fut rendu dans les circonstances suivantes : Un arrêté du préfet de la Charente avait interdit dans toute l'étendue de ce département, l'affichage d'un manifeste politique publié par le prince Jérôme Napoléon. Le sieur Fontenaud, propriétaire de la maison sur les murs de laquelle avait été apposée cette affiche, mis en demeure d'enlever celle-ci, demanda l'annulation de cet arrêt pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat, malgré le carac-

(1) D. P. 85-1-384.

tère de l'affiche et l'agitation qu'elle pouvait provoquer, admit le pourvoi et, statuant au fond, constata que la loi du 29 juillet 1881 n'avait pas donné à l'administration le droit d'interdire l'affichage, et prononça l'annulation de l'arrêté.

Il existe un arrêt qui semble contredire ce qui vient d'être énoncé. C'est un arrêt du 26 février 1857. Le gouvernement, par un décret du 26 octobre 1854, avait interdit jusqu'à nouvel ordre « la distillation des céréales et de toute autre substance farineuse servant à l'alimentation ». Les industriels qui se livraient à la distillation des céréales portèrent leur réclamation devant le Conseil d'Etat, pour obtenir une indemnité. Le Conseil d'Etat décida qu'une telle prohibition « est une mesure de gouvernement prise dans un intérêt général et de sûreté publique; que l'Etat n'est pas responsable des préjudices particuliers qui ont pu en être la conséquence ».

M. Laferrière approuve cependant cet arrêt ; il reconnaît que les dangers de disette ou de renchérissement des prix peuvent justifier de la part du gouvernement des mesures portant atteinte à l'industrie privée, quand, par exemple, il interdit la distillation des céréales et de toute autre substance servant à l'alimentation. La mesure prise par le gouvernement, et dont il est question dans l'arrêt, n'avait pas de base dans la loi ; on ne voit pas, du moins, que le Conseil d'Etat se soit préoccupé

pour en affirmer le caractère gouvernemental, de savoir si elle était ou non autorisée par la loi. Selon nous, elle était du ressort législatif et non du ressort exécutif. Cet arrêt consacre donc une mesure excessive. Aussi, partageons-nous l'opinion de M. Michoud, quand il nous dit : « Rien ne démontre mieux, à mon sens, combien facilement la distinction entre l'acte administratif et l'acte gouvernemental peut conduire à des applications abusives ».

Nous disions au commencement de ce paragraphe, que la théorie de l'acte gouvernemental était invoquée quand il s'agissait de mesures destinées à protéger la société dans son existence et son développement, contre certains fléaux.

En pareille matière, les attributions du pouvoir exécutif, pour protéger la nation contre la disette, les épidémies, épizooties, etc., sont nombreuses, mais en général peu précises.

La loi sur la police sanitaire du 3 mars 1822, donne au chef de l'Etat le droit de déterminer par des ordonnances : 1° les pays dont les provenances doivent être habituellement ou temporairement soumises au régime sanitaire ; 2° les mesures à observer sur les côtes, dans les ports et rades, dans les lazarets, etc. ; 3° les mesures extraordinaires que l'invasion ou la crainte d'une maladie pestilentielle rendraient nécessaires sur les frontières de terre ou dans l'intérieur. L'accès des

frontières peut être interdit aux individus ; les marchandises peuvent être détruites ; les animaux peuvent être tués et enfouis. Les sanctions les plus rigoureuses sont établies en particulier par cette loi de 1822. Toutes ces mesures ne donnent, d'ailleurs, droit à aucune indemnité.

A l'intérieur même du territoire, on peut mettre en interdiction certaines communes contaminées. Sommes-nous ici en présence d'actes de gouvernement ?

En cette matière, on reconnaît que l'autorité chargée le plus souvent de prendre les mesures destinées à protéger la santé publique, est le maire. Dira-t-on que cette autorité accomplit des actes de gouvernement, tout comme le Président de la République quand celui-ci prend des mesures dans un but analogue ? Cette assimilation, personne ne l'a faite, et les actes du maire sont considérés comme de simples actes d'administration, contre lesquels les particuliers lésés pourront se pourvoir pour excès de pouvoir.

Pour ce qui concerne les ordonnances ou les décrets rendus par le chef de l'Etat, nous soutenons qu'ils constituent des actes soumis aux règles générales du contentieux administratif. Il est vrai, cependant, qu'il sera difficile de former un pourvoi, car la loi de 1822 attribue au chef de l'Etat des pouvoirs presque illimités ; on pourra difficilement prétendre qu'il est sorti de la léga-

lité. Le recours est-il recevable si l'acte était entaché, par exemple, de détournement de pouvoir ? C'est là, comme on sait, une sorte d'excès de pouvoir qui consiste à user de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils ont été conférés. Par exemple, le Président de la République, en interdisant l'accès de la frontière a eu pour but de ruiner une industrie ou de constituer un monopole au profit d'un particulier, et non la protection de la santé publique. M. Michoud admet, dans ce cas, la possibilité d'un recours ; ce n'est pas notre opinion ; nous soutenons que cette mesure, qui consiste à interdire l'accès du territoire français à certains objets, constitue une mesure générale et impersonnelle, ne lésant les intérêts de personne, donc pas susceptible de recours.

Quant aux applications des décrets à une situation déterminée, le recours n'est pas douteux. Tout recours de droit commun est ouvert aux particuliers.

La notion de la théorie de l'acte de gouvernement ne trouve donc encore aucune place en cette matière. La jurisprudence n'a jamais écarté de plein droit les pourvois formés contre les décrets des autorités compétentes ; elle a bien admis le principe « que les dommages qui seraient causés aux particuliers par l'exécution des mesures sanitaires ne peuvent donner lieu à aucun recours contre l'Etat », mais elle a examiné chaque affaire

au fond et vérifié si les faits d'exécution étaient bien conformes aux règles édictées par l'article 5 de la loi du 3 mars 1822. Par application de cet article, il résulte que si l'autorité compétente a fait brûler des objets susceptibles de transmettre la contagion, une indemnité réclamée par le propriétaire de ces objets doit lui être accordée par le motif que l'impossibilité d'avoir pu les purifier n'a pas été constatée par des procès-verbaux.

V

ÉTAT DE SIÈGE

Dans certaines circonstances de la vie, dans les cas de guerre et d'insurrection par exemple, il peut être dangereux de maintenir toutes les garanties de la liberté individuelle ; l'autorité exécutive dispose alors de pouvoirs exorbitants pour sauvegarder la sûreté de l'État.

L'état de siège constitue une des mesures les plus importantes que puisse prendre le gouvernement ; il est réglé par les lois du 9 août 1849 et du 3 août 1878. D'après la loi de 1878, l'état de siège ne peut être déclaré en principe que par une loi, mais il peut l'être par le Président de la République. Quand les Chambres ne siègent pas, le Président de la République déclare l'état de siège, après avis du Conseil des ministres ; mais deux jours après, les Chambres se réunissent et décident.

Si les Chambres sont dissoutes — c'est plus grave, — aucune déclaration de siège n'est possible, sauf en cas de guerre étrangère. Mais dans ce dernier cas, on ne peut l'établir que dans les territoires menacés, et les électeurs doivent être convoqués immédiatement.

Ce sont donc les Chambres qui décident de l'opportunité de la déclaration d'état de siège ; il n'y a donc pas lieu de se demander si la déclaration peut être attaquée devant le Conseil d'Etat pour cause d'excès de pouvoir

La question pourrait se poser cependant à propos d'un cas que nous signale M. Michoud. Le Président de la République, les Chambres étant dissoutes, vient de déclarer l'état de siège, même en l'absence de toute guerre étrangère. Un recours pour excès de pouvoir n'est-il pas recevable devant le Conseil d'Etat ? La doctrine courante répond que non, parce que la déclaration d'état de siège constitue un acte de gouvernement. Nous avons fait connaître notre opinion quand à propos des mesures de sûreté publique, nous citions l'état de siège et nous avons dit que par elle-même cette déclaration était soustraite au contrôle des tribunaux parce que, impersonnelle et générale, elle ne pouvait violer aucun droit privé. Nous avons dit aussi que M. Michoud admettait même dans ce cas la possibilité d'un recours devant le Conseil d'Etat, voyant dans cette solution une plus gran-

de garantie des libertés individuelles. M. Laferrière déclare que la question de compétence ne pourrait subsister que s'il s'agissait d'une déclaration d'état de siège prononcée par le gouverneur général de l'Algérie, en cas d'interruptions de communications avec la France (loi du 3 avril 1878, art. 4), ou par les gouverneurs des colonies, en vertu des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 4 de la loi du 9 août 1849, et de l'article 6 de la loi de 1878. « Nous pensons, dit-il, que ces décisions, prises en vertu d'une délégation de l'autorité gouvernementale, ne relèvent aussi que du gouvernement et des Chambres. »

M. Michoud n'accepte pas cette solution, invoquant toujours le respect des libertés individuelles. Pour les mêmes raisons que précédemment nous écartons tout recours, même dans ce cas.

Quant aux actes d'exécution des autorités chargées d'appliquer l'état de siège, il peut arriver que dans certains cas les particuliers soient lésés par eux ; un recours est donc nécessaire de leur part, car ils ont un intérêt direct et personnel à faire annuler la décision de l'autorité qui l'a ordonnée. C'est pourquoi le Conseil d'Etat s'est toujours reconnu compétent pour les apprécier. Mais il a toujours déclaré valables les mesures que l'autorité compétente avait prises dans les limites que lui conférait la loi, et à propos de ces mesures, a rejeté toute demande en indemnité.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a rejeté le recours pour excès de pouvoir formé par le sieur Chéron contre l'arrêté du 11 juillet 1873, par lequel le général commandant l'état de siège dans le département du Rhône avait supprimé le journal *La France Républicaine* : « Considérant, d'autre part, que l'arrêté attaqué a été pris dans l'exercice et la limite des pouvoirs que l'article 9 de la loi du 9 août 1849 attribue au commandant de l'état de siège. »

Quelles sont les mesures exceptionnelles que l'article 9 de la loi de 1849 permet ? Elles consistent à autoriser des perquisitions, à éloigner les repris de justice et les personnes non domiciliées, à saisir les armes et les munitions, interdire les réunions et les publications jugées dangereuses.

En dehors de ces facultés, l'autorité excède ses pouvoirs, par exemple, si elle emprisonne un individu ou saisit une propriété ; le particulier victime de ces faits d'exécution pourra se pourvoir par la voie contentieuse.

En résumé donc, dès que l'état de siège s'applique, par conséquent dès que le recours est utile à un citoyen, on le lui accorde ; mais quand il ne s'agit que d'une mesure comme la déclaration de l'état de siège elle-même, on le lui refuse, parce que celle-ci, générale et impersonnelle, ne peut violer aucun de ses droits ni froisser aucun de ses intérêts.

Encore une fois donc, nous nous demandons quelle peut être l'utilité de la théorie de l'acte gouvernemental, puisque, nous venons de le voir, les règles du contentieux administratif nous permettent d'aboutir à un résultat identique à celui de M. Laferrière.

VI

DÉCISIONS RELATIVES AUX MEMBRES DES DYNASTIES DÉCHUES

Les mesures prises à l'égard des représentants des dynasties déchues constituent-elles des actes de gouvernement échappant de plein droit à tout recours direct ou indirect devant les tribunaux administratifs ou judiciaires

Nous reconnaissons que la jurisprudence a longtemps fait l'application de cette théorie.

Sous la Restauration et le Gouvernement de Juillet, la fin de non-recevoir tirée du caractère politique et gouvernemental de ces décisions a été appliquée avec une certaine rigueur. L'arrêt du 5 décembre 1838 rejeta les réclamations de la duchesse de Saint-Leu contre la suppression des arrérages d'une somme provenant d'apanages supprimés par le traité de Fontainebleau et par diverses lois de la Restauration : « Attendu qu'il s'agit

d'interpréter des conventions diplomatiques et des actes de gouvernement ayant un caractère essentiellement politique. »

L'arrêt sur conflit du 22 août 1844 (prince Louis-Napoléon), déclara, pour les mêmes motifs, l'autorité judiciaire compétente pour statuer sur une demande en paiement de rentes apanagères.

Sous la Présidence et le second Empire, nous avons déjà signalé deux arrêts célèbres. L'un sur conflit du 18 juin 1852 refuse à l'autorité judiciaire le droit de statuer sur la demande en revendication formée par les princes d'Orléans contre le domaine de l'Etat, à la suite du décret du 22 janvier 1852 « considérant que le décret du 22 janvier 1852 est un acte politique et de gouvernement, dont l'exécution et l'effet ne peuvent être donnés à l'appréciation de l'autorité judiciaire ».

Dans l'arrêt au contentieux du 9 mai 1867, qui rejette comme non recevable le recours pour excès de pouvoir formé par le duc d'Aumale et par l'éditeur Michel Lévy contre l'arrêté du préfet de police et la décision du ministre de l'Intérieur ordonnant la saisie de l'*Histoire des princes de Condé*, nous trouvons le motif suivant : « Ces mesures sont des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour excès de pouvoir en notre Conseil d'Etat au contentieux. »

Sous la troisième République, on peut encore citer un arrêt de la Cour de Paris, du 29 janvier

1876, dans le même sens. Le Prince Napoléon, expulsé de France en 1875, en vertu d'un arrêté pris en conseil des ministres, saisit l'autorité judiciaire d'une demande en dommages-intérêts. Sa demande fut rejetée : « Attendu que l'arrêté constitue un acte gouvernemental. »

Tous ces arrêts ne sont en somme, comme le dit M. Brémont, qu'une application de l'idée générale qui était alors admise, à savoir que le caractère gouvernemental des actes dépendait du mobile auquel avaient obéi les auteurs.

Depuis 1875, la Jurisprudence a, nous l'avons vu, modifié sa ligne de conduite ; elle a rejeté complètement la théorie du mobile. Ce changement de doctrine est manifeste dans les arrêts en cette matière, et il apparaît nettement que tous les recours formés contre les décisions du gouvernement ont été rejetés non pas de plein droit parce que ces décisions constituaient des actes gouvernementaux, mais pour des motifs résultant de l'examen de l'affaire au fond.

Dans l'affaire jugée le 19 février 1875, il s'agissait du recours pour excès de pouvoir, formé par le prince Jérôme-Napoléon contre une décision du ministre de la guerre, qui l'avait rayé de la liste des généraux de division. Le ministre opposait à ce recours une fin de non-recevoir basée sur le caractère politique et gouvernemental de l'acte. Le Conseil d'Etat ne tint aucun compte de

cette opposition du ministre et rejeta le recours pour des motifs tirés du fond.

Dans l'affaire jugée le 20 mai 1887, il s'agissait du recours formé par les princes d'Orléans et Murat contre la décision ministérielle qui les avait rayés des cadres de l'armée. Le gouvernement opposa, comme dans la précédente affaire, une fin de non-recevoir, soutenant que ces décisions constituaient des actes de gouvernement et qu'elles échappaient ainsi à la juridiction du Conseil d'Etat. Celui-ci écarta cette question préalable : « Considérant qu'il résulte du texte même des décisions attaquées que le ministre de la guerre les a prises en vue d'appliquer l'article 4 de la loi du 22 juin 1886 ; qu'ainsi il a agi dans l'exercice des pouvoirs d'administration qui appartiennent aux ministres pour assurer l'exécution des lois au regard de leurs subordonnés, et que ces décisions constituent des actes administratifs susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par application des lois des 7 et 14 octobre 1790 et 24 mai 1872. »

Le Conseil d'Etat, après examen de l'affaire au fond, rejeta le pourvoi des princes d'Orléans considérant que le ministre n'avait pas excédé ses pouvoirs en les rayant des contrôles de l'armée, puisque cette mesure était fondée sur l'article 4 de la loi de 1886, qui a eu pour but de créer une incompatibilité absolue entre la qualité de membre d'une

famille ayant régné en France et celle d'officier dans les armées de la République.

Quant au pourvoi des princes Murat, il fut accepté : « Considérant que les mesures exceptionnelles édictées par la loi du 22 juin 1886 ne sont applicables qu'aux membres des familles ayant régné en France ; considérant que la famille Murat, à laquelle appartiennent les requérants, n'est pas de celles qui sont visées par ladite loi ; qu'ainsi les requérants sont fondés à soutenir que le ministre de la guerre, en les rayant des contrôles de l'armée, en exécution de l'article 4 de la loi du 22 juin 1886, en a fait une inexacte application. »

Nous avons signalé aussi l'arrêt du Tribunal des conflits du 25 mars 1889, relatif à la saisie du manifeste du comte de Paris, écartant la question préalable apposée par le ministre : « Considérant que si le gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'Etat, il n'est investi à cet égard que des pouvoirs que la loi lui donne... »

Il ressort de ces divers arrêts que la Jurisprudence a écarté nettement la question préalable du gouvernement et, après examen de l'affaire au fond, a rejeté tous les pourvois formés contre des décisions du gouvernement autorisées par une disposition de loi implicite ou formelle. Il est donc bien inutile de faire intervenir en cette matière la théorie de l'acte de gouvernement ; nous dirons que ces prétendus actes de gouvernement ne sont simplement que des actes de pure administration.

VII

EXPULSION DES ETRANGERS

La loi du 3 décembre 1849 autorise le ministre de l'Intérieur, par arrêté non motivé, à faire quitter le territoire et même accompagner à la frontière l'étranger même admis à domicile. Ce dernier a cependant le droit de rentrer en France si l'admission à domicile n'a pas été révoquée. Dans les départements frontières, le préfet peut expulser les étrangers à la condition qu'ils n'aient pas leur résidence en France ; de plus, il doit en référer au ministre.

On a dit que ces arrêtés constituaient des actes de gouvernement. Cela est inexact. Nous ne trouvons aucun arrêt qui ait rejeté un recours contre un arrêté d'expulsion, pour ce seul motif que cet arrêté constituait un acte de gouvernement. Le Conseil d'Etat s'est, au contraire, déclaré compétent pour connaître de ces actes, non cependant pour en apprécier l'opportunité, mais la légalité.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 14 mars 1884 (1), a

(1) D. 85-3-9.

été rendu dans les circonstances suivantes : Un arrêté d'expulsion avait été pris contre le sieur Morphy, sujet anglais, à la date du 10 décembre 1880, et à lui notifié le 30 décembre suivant. Condamné déjà deux fois, d'abord le 28 janvier 1881, puis le 19 avril 1882, pour infraction à l'arrêté d'expulsion, le sieur Morphy comparaissait à nouveau, le 11 octobre 1883, devant le tribunal correctionnel pour le même motif. Cette fois cependant, Morphy se pourvut devant le Conseil d'Etat pour lui demander d'annuler comme arbitraire, l'arrêté d'expulsion, par le motif que lui, Morphy, n'était pas un étranger dans le sens de la loi du 3 décembre 1849.

Le Conseil d'Etat rejeta son pourvoi pour des motifs tirés du fond : « Considérant que l'autorité judiciaire, compétente pour statuer sur les poursuites exercées en vertu de l'article 8 de la loi du 3 décembre 1849, l'est également pour apprécier les moyens de défense que le prévenu croit pouvoir tirer de l'illégalité prétendue de l'arrêté pris contre lui par le ministre de l'Intérieur, et qu'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de statuer sur le mérite desdits moyens de défense par voie de recours pour excès de pouvoirs ; considérant, d'ailleurs, que l'arrêté attaqué a été notifié au sieur Morphy le 30 décembre 1880 ; qu'il a reçu son exécution les 28 janvier 1881 et 13 avril 1882, et que le recours n'a été enregistré au secré-

tariat du Conseil d'Etat que le 20 novembre 1883, après l'expiration du délai de trois mois fixé par l'article 11 du décret de 1806... »

Dans l'affaire jugée par le Conseil d'Etat le 14 mars 1890, le sieur Ribès attaquait l'arrêté d'expulsion du ministre de l'Intérieur, en soutenant que c'était à tort qu'il avait été qualifié d'étranger par ledit arrêté. Le Conseil d'Etat admit le pourvoi, recevable par-devant lui, mais le rejeta après examen au fond, la légalité ne faisant pas de doute : « Mais considérant qu'il (le sieur Ribès), reconnaît qu'il est né en France d'un père espagnol et qu'il n'excipe d'aucun acte de nature à lui faire attribuer la qualité de Français ; qu'ainsi, en lui enjoignant de sortir du territoire français, le ministre de l'Intérieur n'a fait qu'user du droit qu'il tient des dispositions ci-dessus énoncées de la loi du 3 décembre 1849 ; que, dès lors, le recours du sieur Ribès doit être rejeté... »

Dans ces deux arrêts, le Conseil d'Etat ne considère pas que la voie du recours pour excès de pouvoir soit absolument fermée en ce qui concerne les arrêtés d'expulsion. N'est-ce donc pas là la négation de la théorie de l'acte gouvernemental !

L'annotateur du Dalloz cite l'arrêt du 14 mars 1884, qui avait reconnu la compétence de l'autorité judiciaire seule pour connaître des défenses contre la prétendue illégalité de l'arrêté d'expulsion.

C'est encore là, dirons-nous, un nouvel argument contre ceux qui prétendent voir dans les arrêtés d'expulsion des actes de gouvernement puisque ces derniers sont, pour ceux qui les reconnaissent, soustraits à tout contrôle judiciaire et administratif.

M. Laferrière, en exposant les mesures destinées à protéger la société, distingue entre la sûreté intérieure et la sûreté extérieure; il pense « que la notion de l'acte de gouvernement est susceptible d'une plus grande extension quand il s'agit des relations extérieures de l'Etat ; le domaine de l'imprévu y est plus grand, le péril plus soudain, la liberté d'action plus nécessaire. Nous ne voulons pas dire qu'un acte illégal cesserait pour cela d'être illégal. Mais, de même que le droit pénal reconnaît des délits excusables, de même le droit public peut reconnaître des excès de pouvoirs pardonnables : ceux que la diplomatie conseille et que le particulier absout. L'excuse dont de tels actes peuvent être couverts étant d'ordre exclusivement politique et diplomatique, le droit d'apprécier n'appartiendrait pas aux tribunaux, mais seulement au gouvernement et au Parlement. D'un autre côté, le jugement à porter étant subordonné à l'appréciation des circonstances diplomatiques qui l'ont motivé, c'est à bon droit que les tribunaux

administratifs ou judiciaires se déclareraient incompétents pour en connaître. » (1)

M. Laferrière croit voir dans le jugement du Tribunal civil de la Seine, statuant en référé du 14 octobre 1886 (Peyramont contre le préfet de police), une application de cette distinction. Le préfet de police avait sur les ordres du gouvernement fait saisir et lacérer les affiches annonçant la publication du journal *La Revanche*, le gouvernement ayant cru voir dans ces affiches une cause susceptible de froisser une puissance étrangère. Le tribunal de la Seine se déclara incompétent parce que la saisie s'était produite « à l'occasion d'une exhibition publique d'un caractère particulièrement grave et susceptible de donner lieu à des désordres de diverses natures... et que le préfet de police, spécialement chargé comme magistrat municipal d'assurer le maintien du bon ordre et de la sécurité sur la voie publique, avait pris les mesures en question en vue de sauvegarder des intérêts confiés à sa vigilance ».

M. Brémond ne partage pas l'opinion de M. Laferrière. Il estime que le Tribunal de la Seine, en se déclarant incompétent, s'est simplement conformé aux règles ordinaires du contentieux administratif. « Nous rappelons, dit-il, que les actes ad-

(1) Laferrière, *op. cit.*, t. II, pag. 43.

administratifs sont soustraits à l'examen des tribunaux judiciaires, même lorsqu'ils portent atteinte au droit de propriété privée, pourvu cependant qu'ils ne réalisent pas une expropriation au moins indirecte. Or, il est incontestable que, ni la saisie, ni la lacération d'une affiche ne peuvent constituer une expropriation dans le sens particulier que présente ce mot en cette matière... Mais nous croyons que les tribunaux administratifs auraient été compétents, car il n'y a aucun motif juridique qui justifie vis-à-vis des mesures prises en vue de la sécurité extérieure de l'Etat l'application d'un régime différent de celui qui est appliqué aux mesures prises en vue de la sécurité intérieure. » (1).

VIII

COLLATION DES TITRES DE NOBLESSE

Vers la fin de l'ancien régime, la collation des titres de noblesse appartenait au roi seul. Si la noblesse, dans la nuit du 4 août, renonça à ses privilèges, elle ne renonça pas à ses titres, qui furent supprimés par un décret en date des 17 et 23 juin 1790 et par la Constitution de 1791. Cette suppres-

(1) Brémond, *op. cit.*, p. 68.

sion fut sanctionnée par la loi des 27 septembre et 10 octobre 1791.

Sous le premier Empire, les titres repaurent et leur acquisition résultait *ipso jure* de l'élévation à certaines fonctions aux termes du décret du 1^{er} mars 1808. Ce mode d'acquisition ne survécut pas d'ailleurs à ce régime politique.

L'article 71 de la Charte de 1814, reproduit par l'article 62 de la Charte de 1830, portait : « La noblesse ancienne... reprend ses titres ; la nouvelle conserve les siens. Le roi fait des nobles à volonté... » La République de 1848 abolit les titres par un décret des 29 février et 2 mars 1848, mais sans en prohiber l'usage sous une sanction pénale. Le décret du 24 janvier 1852 les rétablit.

Le Président de la République peut-il, en vertu des pouvoirs qu'il tient des lois constitutionnelles actuellement en vigueur, conférer des titres de noblesse. M. Salveton (Th. D., Lyon, 1887) soutient l'affirmative. D'autres, et c'est la majorité, soutiennent la négative, en prétendant que la collation des titres est une attribution régaliennne, et qu'enfin il y a une anomalie entre cette collation par le Président de la République et les principes modernes d'une société démocratique.

M. Le Courtois trouve dans le silence de notre constitution un motif suffisant pour refuser ce droit au Président de la République.

Sans chercher à conclure, dans un sens ou dans l'autre, sur ce dernier point, nous dirons que la

collation d'un simple titre envisagée isolément sans le nom de l'impétrant dont on le fait suivre, ne peut donner lieu à aucun recours, car aucun droit ne peut se trouver lésé.

La collation d'un titre peut cependant avoir pour objet un titre attaché comme accessoire à un nouveau nom ; tel fut, par exemple, le cas du maréchal Bugeaud, créé duc d'Isly par Louis-Philippe, en récompense de l'éclatante victoire que l'on sait. Dans des espèces de ce genre, il n'y a plus une simple collation de titre, mais une collation de titre réunie à une modification du nom, et tombant comme telle sous le coup de la loi du 11 germinal an XI. Cette loi détermine la procédure à suivre pour obtenir le changement ou la modification d'un nom. Lorsque l'impétrant a obtenu l'autorisation qu'il sollicitait, le décret contenant l'autorisation est inséré au *Journal Officiel*. Les oppositions à ce décret peuvent se produire dans le délai d'un an courant du jour de cette publication. Le Conseil d'Etat est le juge de ces réclamations.

Cette loi, nous le répétons, s'applique aussi lorsque le changement de nom est accompagné de la concession d'un titre. Une famille peut fort bien se pourvoir devant le Conseil d'Etat contre un décret autorisant un individu à ajouter à son nom son nom à elle. Nous trouvons cependant cette thèse repoussée par un arrêt du Conseil d'Etat de 1864. Napoléon III, par un décret du 14 mai 1864, avait

conféré au comte de Talleyrand-Périgord le titre de duc de Montmorency. La famille de Montmorency-Luxembourg forma opposition devant le Conseil d'Etat. Celui-ci rejeta la requête, considérant que la concession ne comportait qu'un titre et non un titre et un nom, et les décrets de collation de titre n'étant pas susceptibles d'être examinés par la voie contentieuse. Dans ses conclusions, M. le commissaire du gouvernement nous déclarait que si un décret créait, par exemple, un comte Foy, un comte Portalis, un baron Ségnier, un recours serait possible aux familles qui portent ce nom. Seulement il distinguait entre les noms patronymiques (comme les précédents) et les noms qui ne sont que des titres (par exemple, duc d'Isly, de Malakoff, de Magenta, etc.), et s'appuyant sur cette distinction, proposait de rejeter la réclamation de la famille de Montmorency. Nous dirons toutefois que le commissaire du gouvernement proposait le rejet, non pas en invoquant le caractère gouvernemental, mais en soutenant que la collation n'ayant eu pour objet qu'un titre nobiliaire n'avait pu violer aucun droit et que, par suite, le recours était irrecevable. De cet arrêt nous ne retiendrons que cet aveu du commissaire du gouvernement, et non sa thèse en ce qui concerne la distinction entre le titre nobiliaire et le nom patronymique, thèse que d'ailleurs nous con-

dammons, car il y avait bien eu de la part du gouvernement collation d'un titre et d'un nom.

La collation des titres de noblesse échappe donc au contrôle des tribunaux, non pas comme constituant un acte de gouvernement, mais parce qu'aucun droit ne se trouve lésé.

Parmi les auteurs qui mettent au nombre des actes de gouvernement les décrets portant collation ou reconnaissance des titres nobiliaires, il faut citer M. Aucoc, qui lui, cependant, fait une réserve. « Supposons, dit-il, que par impossible, l'empereur crût pouvoir disposer d'un titre actuellement porté par un citoyen qui serait régulièrement investi, et l'attribuer à un autre citoyen ; nous croyons qu'il appartiendrait aux tribunaux civils, non pas d'annuler le décret, mais de statuer à côté du décret et de reconnaître le droit contesté, parce qu'il est évident que l'empereur ne peut disposer arbitrairement des propriétés privées. » (1)

M. Batbie nous propose une solution plus absolue : « On peut supposer, dit-il, que, par erreur, le chef de l'Etat confère un titre de noblesse qui est porté par le chef d'une famille qui a des droits à le porter. Ce serait disposer d'une propriété matérielle, mais d'une propriété dont la valeur morale peut être considérable... Dire que les tribunaux

(1) *Op. cit.*, t. I, n° 289, p. 446.

pourront statuer à côté du décret et reconnaître le droit de la famille qui réclame, ce n'est pas faire complète justice. Cette décision du tribunal à côté du décret n'empêchera pas que le titre pourra être pris par le nouveau titulaire. Ce partage amoindrira la valeur de celui qui était porté depuis longtemps, et, pour cette diminution, la décision latérale du tribunal, reconnaissant l'ancien titre à côté du décret qui confère le nouveau, n'accorde pas complète réparation. Le moyen de faire justice complète, c'est d'accorder le recours par la voie contentieuse pour excès de pouvoir. »

Cette solution de la part de M. Batbie étonne quelque peu, car cet éminent auteur vient de nous dire quelques lignes plus haut : « On met aussi au nombre des actes de gouvernement les décrets portant collation ou reconnaissance de titres de noblesse. »

IX

EXERCICE DU DROIT DE GRACE

« Quand on distingue le gouvernement de l'administration, on entend mettre dans une catégorie spéciale... l'exercice du droit de grâce. » (1).

(1) Aucoc, *op. cit.*, t. I.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 30 juin 1893 nous dit bien aussi que les actes accomplis par le chef de l'Etat, dans l'exercice du droit de grâce, ne sont pas « susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie contentieuse », mais nous n'y voyons pas que ces actes soient rejetés à cause de leur caractère gouvernemental.

L'annotateur du Dalloz pense que ces actes du chef de l'Etat constituent non des actes administratifs, mais des actes judiciaires.

S'il est vrai que les autorités administratives possèdent certaines attributions d'ordre judiciaire, par exemple, le maire, qui est officier de l'état civil, il ne faut cependant pas en conclure que l'exercice du droit de grâce soit considéré comme une attribution judiciaire confiée au Président de la République. L'article 3, paragraphe 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, concède ce droit d'une manière générale, sans distinction, ni catégorie. « Or, nous dit M. Brémond, si on reconnaissait le caractère d'actes judiciaires aux décrets pris dans les cas de condamnations judiciaires, il faudrait reconnaître le caractère administratif aux grâces accordées dans les cas de condamnations prononcées par les tribunaux administratifs, de sorte que, contrairement au texte de la constitution, il n'y aurait pas un droit de grâce unique, mais deux attributions d'ordre différent. »

On objecte que l'exercice du droit de grâce a

pour effet de modifier les condamnations prononcées par les tribunaux judiciaires ; nous répondons que cela ne suffit pas pour attribuer le caractère judiciaire. A-t-on jamais reconnu ce caractère aux décrets portant la nomination ou révocation de magistrats ? Ces décrets produisent bien cependant des effets très importants dans l'ordre judiciaire !

Nous reconnâtrons donc aux décrets du chef de l'Etat, en ce qui concerne l'exercice du droit de grâce, le caractère d'acte administratif.

CONCLUSION

Nous avons montré dans cette étude les nombreuses contestations dont cette théorie de l'acte de gouvernement avait été l'objet principalement à une époque toute récente alors qu'auparavant les auteurs et la jurisprudence étaient d'accord pour reconnaître comme composant une catégorie à part et soumises à un régime spécial, certaines fonctions politiques du pouvoir exécutif. Nous avons reconnu volontiers qu'en théorie pure la distinction entre le gouvernement et l'administration pouvait se soutenir, mais en nous refusant toutefois à admettre qu'on puisse attribuer à cette distinction une valeur juridique se traduisant par un défaut de recours absolu en faveur de l'acte de gouvernement.

Nous avons fait remarquer aussi combien était confuse la théorie qui a succédé à la théorie dite du mobile ; combien il était difficile aux auteurs qui en étaient les partisans de trouver le critérium permettant de distinguer nettement un acte administratif

d'un acte gouvernemental, et nous disions que cette difficulté à formuler avec précision cette distinction provenait à coup sûr de ce que celle-ci manquait de fondement rationnel; nous avons signalé encore dans la jurisprudence de nombreuses contradictions, et même dans les arrêts qui rejetaient le recours contre un acte du pouvoir exécutif nous avons toujours trouvé à côté d'un considérant où apparaissait parfois l'expression *acte de gouvernement*, d'autres considérants qui nous ont permis d'affirmer que le recours était rejeté pour des motifs autres que celui tiré du caractère gouvernemental de l'acte incriminé.

La conclusion de cette étude, c'est qu'une pareille théorie ne donne aux droits privés qu'une garantie insuffisante exposant aux mêmes dangers que nous signalions à propos de la théorie du mobile.

C'est de plus une porte entr'ouverte par laquelle le gouvernement peut sortir de la légalité. « Or, nous dit M. Michoud, si le mot légalité est loin de répondre à lui seul à tous les besoins sociaux, si le règne de la loi comporte lui aussi des fautes et même des violations du droit, nulle autre garantie cependant ne peut remplacer celle qui résulte pour les citoyens d'un régime de légalité scrupuleusement observé. Elle est à la base de tous les autres; elle seule peut les rendre sérieusement efficaces; à quoi bon discuter minu-

tieusement des lois protectrices des droits privés, si l'on réserve au gouvernement la faculté d'échapper à leur application ? Que le gouvernement ait sur certains points des droits très étendus, il le faut bien ; rien de plus dangereux pour un peuple qu'un pouvoir exécutif énérvé et sans force ; mais il faut obtenir que ces droits lui soient donnés par la loi, et lui enlever la possibilité de les définir lui-même.»

Non seulement cette théorie est dangereuse mais elle est encore inutile ; nous avons vu en effet que dans tous les cas où on prétendait l'appliquer, on arrivait au même résultat par application des principes ordinaires du droit administratif.

Montpellier, le 1 ^{er} Décembre 1908	Montpellier, le 1 ^{er} Décembre 1908
Vu, le Doyen de la Faculté de Droit, VIGIÉ.	Vu, le président de la thèse BREMONT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Montpellier, le 1^{er} Décembre 1908.
Le Recteur,
Ant. BENOIST.



BIBLIOGRAPHIE

AUCOC. — Conférences sur le droit administratif. 2^e édition. Paris, 1878, 3 volumes.

BATBIE. — Droit public et administratif. 2^e édition. Paris, 1885, 7 volumes.

BÉQUET. — Répertoire du droit administratif.

BOUCHENÉ-LEFER. — Principes et notions élémentaires du droit public administratif, 1862.

BRÉMOND. — Des actes de gouvernement. Revue de droit public et de la science politique. Janvier-février 1896.

— Examen doctrinal, Jurisprudence administrative. Revue critique, nouvelle série, 1888.

CABANTOUS et LIÉGEOIS. — Répétition sur le droit administratif. 2 volumes, 1875. Paris.

CHOPPIN. — Note sous Conseil d'Etat, 9 mai 1867. Sirey, II, 124.

DE CORMENIN. — Droit administratif. Paris, 1810, 2 volumes.

DALLOZ. — Répertoire, verbis traité international, Conseil d'Etat, compétence administrative.

- DARESTE. — La justice administrative en France. Paris, 1862.
- DAUPHINOT (Georges). — Des actes de gouvernement. Th. D. Nancy, 1898.
- DUCROCQ. — Cours de droit administratif, 2 volumes, 1898.
- G. DUFOUR. — Traité de droit administratif appliqué, 8 volumes, Paris, 1856.
- FOUCART. — Eléments de droit public, 1855, 2 vol., Paris.
- GARSONNET. — Cours de procédure, t. I, page 2.
- GAUTIER. — Précis des matières administratives, 2 vol, Paris, 1897.
- GÉRANDO (de). — Institutes de droit administratif, 1842.
- GLASSON. — De l'incompétence absolue. Rev. crit., tome X, année 1881, p. 504.
- GRAUX. — Les congrégations religieuses devant la loi, 1 vol., Paris, 1881.
- HAURIUO. — Précis de droit administratif. 1 vol. Paris, 1898.
- HENRION DE PANSEY. — De l'autorité judiciaire en France. Paris, 1827, 2 vol.
- JACQUELIN. — Des principes dominants du contentieux administratif.
- LABBÉ. — Note sous Sirey, 1876, II, 297.
- LAFFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2 volumes. Paris, 1896.

LE COURTOIS. — Des actes de gouvernement. Th. D.
Poitiers, 1899.

LE RAT DE MAGNITOT. — Dictionnaire du droit public et administratif.

LONNÉ (Jules). — Des actes de gouvernement. Th.
Paris, 1898.

MACAREL. — Cours de droit administratif.

MICHOUD. — Des actes de gouvernement. Extrait
des Annales de l'Enseignement supérieur de
Grenoble, tome I, numéro 2.

MICHEL (Henry). — De l'idée de l'Etat. Introduction, p. 6.

SIMONET. — Traité élémentaire de droit public et
administratif. 1 vol, 1893, Paris.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	7
CHAPITRE PREMIER. — DÉFINITION DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT	9
I. — Théorie dite du mobile.....	9
II. — Théorie dite de la nature de l'acte.....	27
CHAPITRE II. — DU RECOURS CONTRE L'ACTE DE GOU- VERNEMENT	35
CHAPITRE III. — RÉFUTATION DE LA THÉORIE DE L'ACTE DE GOUVERNEMENT	42
I. — La distinction entre le gouvernement et l'administration vient-elle des textes fonda- mentaux de notre Droit ?.....	43
II. — La distinction entre le gouvernement et l'administration se trouve-t-elle dans des textes spéciaux?.....	48
III. — Peut-on justifier par une doctrine et une jurisprudence constante la distinction entre le gouvernement et l'administration ?	62
CHAPITRE IV. — EXAMEN DES PRINCIPAUX ACTES DE GOUVERNEMENT	68
I. — Rapports du gouvernement avec les Chambres.....	69

	Pages
II. — Rapports internationaux.....	78
III. — Faits de guerre.....	89
IV. — Mesures de sûreté publique.....	93
V. — Etat de siège.....	103
VI. — Décisions relatives aux membres des dynasties déchues.....	107
VII. — Expulsion des étrangers.....	112
VIII. — Collation des titres de noblesse.....	117
IX. — Exercice du droit de grâce.....	122
CONCLUSIONS.....	125
BIBLIOGRAPHIE.....	129
